

RESOLUCION (EXPTE. S/0403/12 ORONA)

CONSEJO

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

En Madrid, a 10 de abril de 2013

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo) con la composición ya expresada y siendo Ponente D^{ña}. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente S/0403/12 ORONA en el que la empresa Electromecánica Hemen Elevadores, S.L., formula denuncia contra ORONA, S. COOP., por supuestas prácticas restrictivas de la competencia que podrían suponer una infracción de los artículos 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

- Denuncia

1. El 27 de enero de 2012 (folios 1 a 82), D. [XXX], en calidad de Administrador único de la mercantil Electromecánica Hemen Elevadores, S.L. (ASCENSORES HEMEN) presentó, ante la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), denuncia contra ORONA, S. COOP. (ORONA) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en diferentes comportamientos desarrollados por el GRUPO ORONA con la finalidad de obstaculizar e impedir a la denunciante la prestación del servicio de mantenimiento de los ascensores fabricados por ORONA (folios 1 a 82).
2. Las actuaciones denunciadas como infracciones de la LDC se concretaban en las siguientes:
 - (i). Incumplimiento de los compromisos adquiridos por el grupo ORONA tras la compra de la cartera de clientes de mantenimiento de ascensores de OMEGA.
 - (ii). La demora o entrega defectuosa o parcial en las que incurre el grupo ORONA a la hora de trasladar al adquirente de uno de sus aparatos la documentación correspondiente de los aparatos elevadores que han sido fabricados por alguna de las empresas del GRUPO ORONA, en aquellos

casos en que se opta por contratar la conservación con ASCENSORES HEMEN (folios 4 y 5).

- (iii). La utilización abusiva que, contra ASCENSORES HEMEN, estaría realizando ORONA de la vía judicial, con la clara intención de debilitar, también de este modo, su posición en el mercado (folios 6 y 7).
- (iv). La demora habitual en la que incurre ORONA a la hora de proceder al suministro de los repuestos que le son solicitados por parte de ASCENSORES HEMEN en el desarrollo de las funciones de conservación que sus clientes le encomiendan, cuyo plazo de entrega fija en tres semanas y media.
- (v). Las presiones verbales a las comunidades de propietarios para que éstos no contraten con ASCENSORES HEMEN, y
- (vi). La manipulación que habrían sufrido varios ascensores de su cartera de mantenimiento, antes de ser entregados a ASCENSORES HEMEN.

- Investigación

3. El 3 de febrero de 2012 se procedió a deducir testimonio de la información contenida en el escrito de denuncia del expediente de referencia con respecto al posible incumplimiento de compromisos bajo los cuales se autorizó la adquisición por parte de la DIVISIÓN DE ELEVACIÓN Y MOVILIDAD URBANA, S. Coop, a través de ORONA S. COOP., del control exclusivo sobre determinados activos de OMEGA ELEVATOR, S.A. (folios 83 a 88), con vistas a incorporar las copias de los citados folios al expediente de vigilancia de tales compromisos, VC-0150-09 ORONA OMEGA ELEVATOR, de lo que se deriva que estos hechos quedan fuera del perímetro analizado en el presente expediente.
4. El 14 de mayo de 2012, la Dirección de Investigación requirió determinada información a ASCENSORES HEMEN (folios 90 a 94). Se solicitó la aportación de pruebas documentales que acreditaran la demora en la provisión de suministro de repuestos por parte del GRUPO ORONA, y las presiones realizadas sobre las comunidades de propietarios en forma de comunicaciones con contenido engañoso, inexacto o denigratorio, sobre la actividad o los bienes y servicios prestados por ASCENSORES HEMEN. La respuesta tuvo entrada en la CNC el 5 de junio de 2012 (folios 95 a 119).
5. El 15 de junio de 2012 se requirió información a ORONA (folios 120 a 125), que fue contestada el 3 de julio de 2012 (folios 132 a 476). En concreto, se le requirió para que facilitara información sobre su política de suministro de repuestos y para que acreditara las peticiones de repuestos recibidas en los últimos 2 años por parte de ASCENSORES HEMEN; el plazo de tiempo y la forma en que fueron contestadas y ejecutadas, y aportara, en su caso, justificación de la demora incurrida en la provisión de las piezas solicitadas.
6. El 30 de julio de 2012 se realizó nuevo requerimiento de información a ORONA con el fin de completar la información aportada en su respuesta de 3 de julio de 2012. Fue contestada por la interesada el 6 de agosto de 2012 (folios 483 a 621).

De esta investigación la DI en su Informe propuesta relata los siguientes hechos:

Sobre las partes

- Denunciante

7. ASCENSORES HEMEN es una empresa dedicada al mantenimiento de ascensores, operativa en el mercado de conservación de ascensores desde junio de 2009 y cuyo ámbito de actuación se centra en las provincias de Álava, Vizcaya, Guipúzcoa, La Rioja y Burgos.

- Denunciada

8. ORONA es una Sociedad Cooperativa perteneciente a la Corporación Mondragón, que junto con ELECTRA VITORIA SOCIEDAD COOPERATIVA (ELECTRA VITORIA) y otras sociedades controladas por ambas cooperativas constituyen la DIVISIÓN DE ELEVACIÓN Y MOVILIDAD URBANA, S. Coop. (DIVISIÓN DE ELEVACIÓN). Igualmente están asociadas a ORONA las siguientes empresas: Ascensores Girona, Ascensores Ga-Lo, Ascensores J. Sánchez, Bayfer, Diher, Cosecan, AS Burgas, Elevadores Burgos, Ascensores Sagastizabal, Elevabranes, QLP Group, ACE Elevators, Independent Lifts (estas 3 últimas empresas con sede en el Reino Unido). En 2011 la cifra de negocios de ORONA ascendió a los 556,2 M€.

ORONA a través de la DIVISIÓN DE ELEVACIÓN se dedica al diseño, fabricación, venta, instalación y mantenimiento de ascensores y montacargas, así como sus componentes y repuestos. También comercializa y mantiene otros aparatos mecánicos, entre los que destacan las plataformas de elevación. Su ámbito territorial principal de actividad es España, Portugal, Francia y Reino Unido.

Sobre el mercado afectado

9. De la información y antecedentes que obran en la CNC¹ dentro del sector de los ascensores, cabe delimitar como *ámbitos de actividad*, a efectos del análisis de competencia los tres siguientes: (i) fabricación y venta (mayorista) de ascensores y de componentes, (ii) ensamblaje, instalación y venta minorista de ascensores, y (iii) mantenimiento y reparación (conservación) de ascensores instalados.
10. La empresa denunciante está presente en las actividades de mantenimiento y reparación de ascensores, que comprenden aquéllas directamente relacionadas con su revisión y comprobación de acuerdo con los plazos establecidos, así como la reparación de dichos aparatos, tendentes a garantizar el correcto funcionamiento de los ascensores instalados.
11. Los hechos denunciados se centran en la actividad de mantenimiento y

¹ Informes del 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 y N-07033 Zardoya Otis/Ascensores Aspe.

V. también las Resoluciones del Consejo de la CNC, Expte. C-0027/07 ZARDOYA OTIS/DEVEGA, de 14-02-08; Expte C-108/07 Orona/Ascensores Gasteiz, de 4-12-07; Expte. C/0109/08 Orona/Ascensores Sagastizábal, de 22-10-08; Expte. C/150/09 ORONA/OMEGA, de 2-07-09; Expte. S/0230/10 Aparatos Elevadores, de 10-1-11.

reparación, cuyo mercado, como cita la DI, “es considerado en los precedentes analizados por la CNC² y, en particular, en la Resolución del Consejo de la CNC, 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. 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”.

Las características relevantes de este mercado, a efectos de analizar las conductas denunciadas, vienen descritas en el IP como sigue:

12. *“La oferta de servicios de mantenimiento y reparación (conservación) de ascensores se encuentra muy atomizada, comprendiendo más de 550 empresas de mantenimiento en todo el territorio nacional, entre las que se incluyen un número reducido de grandes empresas verticalmente integradas que operan en todas las fases de la cadena de valor. Comprende, por lo tanto, 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. Asimismo, 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, muchas de las cuales han sido notificadas a la CNC³.*
13. *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.*
14. *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, semirriesgo o básico) y las características del ascensor (antigüedad, número de paradas,*

² V. nota precedente.

³ Zardoya Otis ha adquirido Electromecánica CAM (2004), Elevadores Soler (2005), Grupo Lagi (2006), la cartera de Inapelsa (2007), Ascensores Aspe (2007) y De Vega (2007). Orona ha adquirido Electra (2005), Ascensores Gasteiz (2007), Ascensores Sagastizábal (2008) y Omega (2009). Kone adquirió Marvi en 2010.

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).

15. *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 ascensores⁴. 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.*
16. *El ámbito geográfico en el que se desarrolla esta actividad de mantenimiento tiene una dimensión inferior al 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 ocupa⁵. La propia regulación, al exigir la presencia física de determinado personal y la existencia de un local a nivel provincial, incide de forma determinante en la dimensión provincial que caracteriza la prestación de este servicio.*
17. *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 estatales⁶ y, en su caso, de la normativa autonómica; la disponibilidad de la documentación*

⁴“Los servicios de mantenimiento, de acuerdo con la información de la que dispone la Comisión, generan la mayoría de los beneficios en el sector de los ascensores y las escaleras mecánicas. En consecuencia, el tamaño de la base instalada de la empresa está correlacionado con los beneficios de la empresa- un incremento en la base instalada genera más oportunidades de mantenimiento” (traducción propia) Decisión de la Comisión 21-09-07, As. 38.823-PO/ESCALERAS MECÁNICAS Y ASCENSORES, párrafo 55.

⁵ C-0027/07, Zardoya Otis/Devega; C-108/07 Orona/Ascensores Gasteiz.

⁶ 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.

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 instalación⁷, en la medida en que la instalación se configura como la principal forma de conseguir clientes para el mantenimiento y reparación⁸.*
- *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.⁹*
- *Penalizaciones por rescisión anticipada de contrato.¹⁰*
- *Barrera tecnológica en ascensores de reciente instalación”.*

Sobre las conductas denunciadas y los hechos relacionados

⁷ Según Resolución del Consejo de la CNC, de 14 de febrero de 2008, en el asunto C-0027/07 (Zardoya Otis/Devega): “Por todo ello, como señala el Consejo de la CNC en su informe C-109/07, se puede decir que el mecanismo clave para adquirir contratos de mantenimiento y reparación es conseguir el primer contrato, lo que normalmente ocurre al instalar la empresa mantenedora ella misma el ascensor. En otras ocasiones, ese primer contrato de mantenimiento del ascensor es conseguido por otra empresa distinta de la instaladora. Y en raras ocasiones se produce una pérdida del contrato de mantenimiento de una empresa mantenedora a otra: en este sentido, la agresividad comercial de unas empresas mantenedoras a otras parece reducida. La reducida agresividad en provincias donde todas las grandes operadoras verticalmente integradas se encuentran implantadas podría deberse a varios motivos que van desde la falta de información sobre los contratos que vencen y la falta de información acerca del mercado por las comunidades de propietarios, pasando por la consolidación de una situación de no agresión conscientemente paralela y terminando en el importante crecimiento del mercado inmobiliario. Por ello, resultará especialmente reveladora la evolución del mercado en los próximos años, en los que el crecimiento del número de nuevos aparatos se ralentizará, junto con el sector inmobiliario. A este respecto, parecería recomendable que desde las autoridades de consumo se hiciese un esfuerzo divulgativo en las comunidades de propietarios acerca de las posibilidades que ofrece el mercado de mantenimiento y que contribuyese a aumentar la elasticidad de la demanda”.

⁸ 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.

⁹ De acuerdo con el Informe de la CNC, la mayoría de las empresas que operan en el mercado de mantenimiento consideran estar en disposición de mantener aparatos elevadores instalados por otras empresas, si bien muchas de ellas reconocen al mismo tiempo la existencia de circunstancias relacionadas con el nivel tecnológico de los aparatos empleados por determinadas empresas que colocan a los mantenedores verticalmente integrados, especialmente a los integrados en grandes grupos empresariales, en una posición de ventaja para mantener los ascensores fabricados/instalados por ellos mismos. Así, determinados comportamientos llevados a cabo por las empresas fabricantes integradas verticalmente, relacionados con las condiciones de suministro mayorista de determinadas piezas y componentes, algunos de ellos tecnológicamente complejos, que necesitan las empresas mantenedoras no integradas verticalmente en el mismo grupo que la empresa fabricante, para sustituir los que son deficientes o están obsoletos, podrían obstaculizar la prestación del servicio de mantenimiento por éstos en condiciones óptimas.

¹⁰ La penalización aplicada por la gran mayoría de las empresas consultadas, según el Informe de la CNC, es del 50% del flujo de pagos pendiente, si bien también existen casos de penalización inferior (hay un caso en el que la penalización es del 30%) y en forma de importe fijo (hay un caso en el que la penalización es de 500 euros). A ello debe añadirse el uso generalizado (100% de las empresas consultadas) de cláusulas de renovación automática del contrato en el momento de expiración de su vigencia, acompañadas de plazos de preaviso que varían según las empresas consultadas, acercándose en media a los 3 meses (80,8 días de media, 90 días es el plazo más frecuente), si bien en determinados supuestos el plazo de preaviso alcanza 4-6 meses.

18. Con respecto al comportamiento denunciado y la valoración que el denunciante hace del mismo, la Propuesta de Archivo de la DI señala que: “(...), ASCENSORES HEMEN pone de manifiesto, con carácter general, la estrategia desarrollada por el GRUPO ORONA con la finalidad de obstaculizar e impedir a la denunciante la prestación del servicio de mantenimiento de los ascensores fabricados por ORONA. Esta actuación obstaculizadora se estaría desplegando a través de diferentes comportamientos, algunos de los cuales quedan acreditados mediante la correspondiente documentación adjunta y de otros simplemente se deja constancia de los mismos”.
19. Sobre los posibles incumplimientos de los compromisos adquiridos por ORONA tras la compra de la cartera de clientes de mantenimiento de OMEGA, ya se ha señalado que los mismos serán analizados en el correspondiente expediente de vigilancia iniciado con el objeto de verificar el cumplimiento de la Resolución de la CNC, que autorizaba la operación de concentración en cuyo seno de adoptaron determinados compromisos, que a juicio de la denunciante podrían haber sido incumplidos.
20. En cuanto a la denuncia de una demora o entrega defectuosa o parcial en las que habría incurrido ORONA a la hora de trasladar la documentación correspondiente de los aparatos elevadores que han sido fabricados por alguna de las empresas del GRUPO ORONA, en aquellos casos en que se opta por contratar la conservación con ASCENSORES HEMEN, el denunciante se refiere a tres casos en los que se produjo la intervención de la correspondiente Consejería de Industria, o la insistencia por parte de la comunidad de propietarios, antes de completarse la entrega correspondiente. Los documentos que aportan respecto a esta conducta se centran en el escrito remitido por una comunidad de propietarios a Electra Vitoria y, en el correo electrónico enviado por ASCENSORES HEMEN a una comunidad de propietarios, en los que se pone de manifiesto que falta dicha documentación (folios 31 y 42 a 45).
21. Como prueba que sustenta la denunciada “utilización abusiva” de la vía judicial contra ASCENSORES HEMEN, aportan: (i) sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria de 29 de noviembre de 2010 en un procedimiento de competencia desleal, (ii) sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, (iii) otra de Primera Instancia sobre reclamación al cliente de las cuotas pendientes en un caso de ruptura anticipada del contrato por parte de éste, (iv) varios requerimientos de las correspondientes indemnizaciones efectuados por ORONA a las comunidades de propietarios que optaban por resolver anticipadamente su contrato, (v) un requerimiento notarial y (vi) la admisión a trámite de una demanda contra el derecho al honor (folios 46 a 82).
22. Respecto a la denuncia en materia de demora “habitual” de tres semanas y media en que incurre ORONA a la hora de proceder al suministro de los repuestos que son solicitados por parte de ASCENSORES HEMEN (folio 5), por una parte señala el denunciante que éste es un problema en el que incurren todas las empresas fabricantes pero que ocurre muy especialmente con las que conforman el GRUPO ORONA, que son las que más problemas ponen a la hora de suministrar piezas de repuesto, especialmente a ASCENSORES HEMEN. Y por

otra adjuntan al expediente, tres peticiones cursadas por ASCENSORES HEMEN en los dos últimos años, (15 de marzo de 2011, 15 de septiembre de 2011 y 15 de mayo de 2012) y el historial de comunicaciones habidas entre el departamento de repuestos de ORONA encargado de tramitar dichas solicitudes y el empleado de HEMEN que cursó la petición (folios 32 a 41 y 113 a 118).

23. La DI, con objeto de contrastar la información aportada en la denuncia, requirió a ORONA la información que estimó necesaria, y que se cita a continuación, habiendo realizado la siguiente valoración:

- ORONA ha procedido a acreditar todas las peticiones de suministros recibidas por parte de HEMEN en los últimos 2 años, facilitando el historial cronológico de las comunicaciones mantenidas a raíz de cada una de ellas, y aportando, en su caso, la correspondiente justificación por los retrasos incurridos (folios 318-477).
- En los dos últimos años se han producido, únicamente, 7 peticiones de piezas de repuestos por parte de ASCENSORES HEMEN a ORONA.
- En tres de los mencionados pedidos cursados por HEMEN, los plazos de entrega por parte de ORONA son inferiores a los plazos medios de entrega tanto a terceros, como a centros del propio GRUPO ORONA.
- Los tres supuestos en los que se produce una demora excesiva o, al menos, se consume un plazo superior al habitual, han sido, justificados por parte de ORONA.
- Con referencia al séptimo pedido, la propia denunciada reconoce que no dispone del registro exacto de la fecha de solicitud pues el sistema de trazabilidad implantado en aquel momento por ORONA no permitía tal control¹¹.
- Los plazos medios de entrega de repuestos a terceros y a empresas del propio grupo quedan establecidos por ORONA, para el periodo de mayo de 2011 a julio de 2012, en [CONF] y, [CONF], respectivamente.
- ORONA ha aportado información sobre una muestra objetiva y representativa de las peticiones cursadas por terceros y por empresas del GRUPO ORONA. En concreto, ORONA ha aportado la primera solicitud expedida en cada mes a terceros solicitantes y a centros propios de ORONA durante la primera parte del año 2012; en definitiva, 6 ejemplos de peticiones cursadas por terceros y 6 ejemplos de las cursadas por empresas del grupo (folios 483-621).
- Con respecto a las solicitudes recibidas por terceros, el plazo de entrega de las mismas en cuanto a las solicitudes expedidas en cada mes, fue, en concreto, de [CONF] días naturales en enero de 2012, [CONF] días naturales en febrero, [CONF] días naturales en marzo, [CONF] días naturales en abril, [CONF] días

¹¹ En este caso ORONA contabiliza, erróneamente, 3 días de plazo de entrega, ya que lo hace teniendo en cuenta, como ella misma reconoce, la fecha del pedido en firme, y no la primera fecha de solicitud del material. Sin embargo, ello no desvirtúa las conclusiones obtenidas del análisis global, realizado en los siguientes apartados, de los pedidos acaecidos en los últimos 2 años.

- naturales en mayo y [CONF] días naturales en junio.
- Por lo que se refiere a los pedidos realizados por los propios centros de ORONA, los plazos de expedición fueron los siguientes: [CONF] días naturales en enero de 2012, [CONF] días naturales en febrero, [CONF] días naturales en marzo, [CONF] días naturales en abril, [CONF] días naturales en mayo, y [CONF] días naturales en junio (folios 620-621). No se han tenido en cuenta por ORONA en dichos plazos los retrasos imputables al solicitante que, en la mayoría de los casos, se derivan de la demora en la aceptación definitiva de la oferta, el pago y el envío de la justificación del mismo. Las medias de los plazos anteriores ([CONF] días naturales para entregas a terceros y [CONF] días naturales para centros de ORONA) permiten constatar que los plazos medios aportados por ORONA para los últimos dos años ([CONF] y [CONF]) resultan factibles.
 - Los plazos de entrega correspondientes a tres peticiones realizadas en los dos últimos años por ASCENSORES HEMEN son: (i) para la petición cursada por HEMEN con fecha 14 de junio de 2011 de [CONF] días naturales desde la solicitud; (ii) con referencia al pedido de HEMEN de 15 de septiembre de 2011, el plazo fue de [CONF] días naturales; y (iii) con respecto al de 15 de mayo de 2012, el plazo de entrega utilizado por ORONA fue de [CONF] días naturales.
 - En cuanto a las otras tres solicitudes realizadas por HEMEN en el periodo analizado, la DI realiza en su IP, las siguientes consideraciones:
 - *“Respecto a la petición de material efectuada el 26 de octubre de 2010, cuya entrega se realiza por ORONA a los [CONF] días naturales de producirse aquélla, la denunciada ha alegado que se trataba de piezas no disponibles en stock y que tuvieron que ser fabricadas ex novo en el momento de la solicitud. Por lo tanto, en la medida en que el plazo medio de fabricación de la pieza era de [CONF] días naturales, el plazo final de entrega se tuvo que ver necesariamente retrasado y, en todo caso, superó el plazo medio de entrega de repuestos a terceros y a empresas del propio grupo que, como es sabido, es de [CONF] días naturales respectivamente. El retraso adicional lo justifica ORONA por la sobrecarga de trabajo en las plantas de ORONA y la creciente demanda de repuestos por parte de terceros mantenedores. Asimismo, [CONF] días naturales de retraso serían imputables a HEMEN, pues éste es el plazo de tiempo que tardó en aceptar definitivamente la oferta de ORONA (folio 327).*
 - *Con referencia a la petición de repuestos de 15 de marzo de 2011, cuya entrega tuvo lugar más de dos meses después de la misma, las sucesivas demoras se produjeron, según la denunciada, en primer lugar, debido a la insistencia de ORONA para que HEMEN aportara para cada limitador de velocidad solicitado, la referencia del ascensor correspondiente, al tratarse de componentes de seguridad sujetos a trazabilidad individual, tal y como explicó desde un primer momento a HEMEN (folio 323). Una vez realizada la solicitud correctamente, ORONA justifica y acredita el retraso*

por la concurrencia del periodo vacacional de Semana Santa, por la reorganización interna del departamento de gestión de pedidos (donde entró a trabajar una empleada que carecía de experiencia en el sector), y por el hecho de que algunos códigos solicitados por HEMEN estaban ya en desuso, por lo que hubo de ser consultado el departamento de I+D de ORONA para comprobar cuáles eran los códigos actuales que se empleaban para clasificar ese material. Finalmente, una vez confirmada la oferta y realizado el pago por parte de HEMEN, ORONA alega que se produjo un error por parte del trabajador de ORONA al tramitar las órdenes correspondientes a dos de los materiales solicitados, por lo que dichas órdenes fueron expedidas a la denunciante todavía con más retraso (folios 323 y 324).

- *Por último, por lo que se refiere a la solicitud de HEMEN de 6 de septiembre de 2011, cuya entrega tardó en efectuarse [CONF] días naturales, la misma ha sido justificada por la denunciada, de una parte, por tratarse de piezas de las que no disponía en stock y cuyo plazo medio de fabricación era de [CONF] días naturales. Asimismo declara ORONA que el plazo medio de entrega en septiembre de 2011 fue, con carácter general, superior a la media ordinaria, tanto en lo que se refiere a la entrega a terceros (que sitúa en [CONF] días naturales) como a centros propios de ORONA ([CONF] días naturales) (folios 327 y 328)."*

24. ASCENSORES HEMEN alude en el escrito de denuncia a varios supuestos de manipulación en varios ascensores de su cartera de mantenimiento, aporta al expediente un correo electrónico de una comunidad de propietarios informando a ASCENSORES HEMEN de que, una vez reclamada, la pieza sustraída ya había sido nuevamente instalada por Electra Vitoria. De la denuncia no se extrae que estos hechos hayan sido oportunamente denunciados a la policía (folios 5 y 6).
25. Y por último, sobre las denunciadas afirmaciones denigratorias sobre la denunciante y las presiones verbales que habrían recibido las comunidades de propietarios por parte de ORONA, induciendo a engaño a los clientes en cuanto a los servicios y piezas de recambio de que dispone ASCENSORES HEMEN no se facilita prueba de las mismas dado su carácter verbal (folios 7 y 8).

Sobre la valoración realizada por la Dirección de Investigación

26. La Dirección de Investigación parte de los antecedentes que obran en la CNC respecto al sector de actividad relacionado con los ascensores, citando tanto la Resolución del Consejo de la CNC de 10 de enero de 2011, Expte. S/0230/10 Aparatos Elevadores como el Informe de la CNC de 2011 "Informe Sobre el Funcionamiento del Mercado de Mantenimiento de Ascensores en España.", recordando que "*determinadas prácticas realizadas por empresas mantenedoras verticalmente integradas, algunas de ellas coincidentes con las señaladas por la denunciante en las presentes actuaciones, podrían obstaculizar de forma irregular la prestación del servicio de mantenimiento en condiciones óptimas por parte de empresas competidoras independientes*". Se refiere concretamente a "*la demora en el suministro de repuestos mediante la exigencia de que el mantenedor*

proporcione detalles innecesarios para la identificación de las piezas, los plazos de suministro de las piezas excesivamente largos, o el suministro de piezas sin las instrucciones necesarias”, ya que este tipo de conductas podrían ser valoradas como negativas de suministro dada la aptitud que tienen para provocar una resolución de contrato entre el propietario del ascensor y su empresa de mantenimiento, o la no renovación del mismo, en detrimento de las empresas de mantenimiento de ascensores no integradas verticalmente. Y valora que también podría darse el caso de ser considerada como una conducta distorsionadora de la competencia en este mercado una utilización abusiva de los recursos a la vía de la jurisdicción ordinaria. Por ello considera que las conductas denunciadas son susceptibles de análisis bajo la sede del artículo 2 LDC, que prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o parte del mercado nacional.

27. Tiene en cuenta también que la mencionada RCNC S/0230/10 Aparatos Elevadores contemplaba el que manifestaciones por parte de empresas instaladoras que no resultasen exactas, verdaderas o pertinentes y que tuviesen capacidad para menoscabar el crédito de sus competidores en el mercado, dificultando el acceso a potenciales clientes o elevando los costes de cambio, podrían ser considerados desleales y, atendiendo a su aptitud para obstaculizar la competencia en el mercado de los servicios de mantenimiento, podrían constituir una conducta ilícita en virtud del artículo 3 de la LDC. Por ello, las denuncias referidas a este tipo de actitud por parte de ORONA deberán ser analizadas bajo éste artículo, que prohíbe los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público. Valora sin embargo que las conductas relacionadas con cuestiones de posibles manipulaciones en ascensores u otros actos vandálicos deberían ser analizadas en una sede distinta a la de la LDC.
28. Por lo respecta a la posible infracción del artículo 2 LDC, aun cuando el denunciante no aporta elementos que acrediten la posición de dominio de ORONA que requiere la aplicación de este artículo, la DI, se basa en el ya citado *“informe de la CNC sobre el funcionamiento del mercado de mantenimiento de ascensores”* para analizar el caso presente bajo la sede del artículo 2, puesto que tanto en dicho informe, como en la RCNC S/230/10, se podría admitir que *“el suministro de piezas de repuesto originales y herramientas puede constituir un mercado diferenciado, en el que los operadores verticalmente integrados tendrían una posición de dominio en el mismo, las negativas de suministro -absolutas o no-descritas, podrían ser constitutivas de un abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de la LDC, en la medida en que sean generalizadas y los retrasos no estén justificados o no sean razonables, lo que les permitiría extender su posición de dominio al mercado conexo de mantenimiento y conservación de aparatos elevadores”*.
29. Bajo este planteamiento analiza la DI: (i) la demora o entrega parcial de la documentación del ascensor, (ii) la utilización de la vía judicial como conducta anticompetitiva, y (iii) la demora habitual en el suministro de repuestos.
30. En cuanto a la primera de las conductas la DI considera que de lo obrado en el expediente se constata que finalmente la documentación, que

reglamentariamente debe ser facilitada por el fabricante de ascensores, fue entregada, aunque con intervención de la autoridad competente en materia de regulación sectorial.

31. En cuanto a la segunda de ellas, la utilización abusiva de la vía judicial, señala la DI que el Consejo de la CNC, en su *Resolución de 13 de mayo de 2011 (expte. S/0159/09, UNESA Y ASOCIADOS)*, tras recordar que la posibilidad de hacer valer los derechos propios en vía judicial y el control jurisdiccional que ello implica, es la expresión de un principio general del Derecho que es básico, enumera, basándose en la jurisprudencia comunitaria y en jurisprudencia de la Audiencia Nacional (*SAN de 22 de julio de 2010*), los criterios cumulativos establecidos para poder determinar los casos en que una acción judicial puede resultar anticompetitiva: en primer lugar, que no pueda considerarse razonablemente que la acción judicial tiene por objeto hacer valer los derechos de la empresa que se trate, (anormalidad en el ejercicio de la acción judicial, circunstancias objetivas) y que esté concebida en el marco de un plan que tenga como fin suprimir la competencia (voluntad de perjudicar, circunstancias subjetivas) (*FJ Sexto*). En el caso presente, la DI valora que la lectura de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria de 29 de noviembre de 2010, promovida por ORONA contra ASCENSORES HEMEN por conductas desleales, *“no permite deducir la ausencia de motivación ni la falta de racionalidad de la acción judicial formulada por la representación de ORONA, pues si bien es cierto que, de una parte, concluye declarando la no acreditación de las conductas de violación de secretos, inducción a la infracción, o explotación de la reputación ajena, también lo es que la anterior vinculación laboral de los demandados con ORONA y la premura de la constitución de la nueva mercantil ASCENSORES HEMEN, una vez fueron despedidos de la anterior empresa, permitían albergar dudas sobre los extremos planteados, tal y como se deduce de la argumentación contenida en la mencionada sentencia jurisdiccional.”* Tampoco encuentra la DI falta de objetividad en los diversos procedimientos judiciales de reclamación de las cuotas pendientes al cliente, en caso de ruptura anticipada del contrato por parte de éste, así como en los requerimientos a las comunidades que optaban por resolver anticipadamente su contrato, conminándoles a la reanudación de la relación contractual o al cumplimiento de la cláusula indemnizatoria (folios 55 a 74). Ni tampoco puede considerarse que un requerimiento notarial (folios 75 a 80) como el aportado, que carece propiamente de naturaleza judicial, ni la admisión a trámite por parte del juzgado de Primera Instancia de Vitoria de una demanda contra el honor (folios 81 y 82), cumplan con los requisitos cumulativos antes señalados. En consecuencia no cabe apreciar indicios de un uso abusivo de la vía judicial por parte de ORONA como presume ASCENSORES HEMEN.
32. Por lo que respecta a la tercera de las conductas susceptibles de infringir el artículo 2 LDC, la demora habitual en el suministro de repuestos, a pesar de que en efecto cabe apreciar el efecto potencial de distorsión a la competencia que tendrían demoras injustificadas en la entrega del material solicitado, como ya ha reconocido la CNC en numerosas ocasiones previas, tras los datos obrados en el expediente, valora la DI que de estos no puede observarse indicios de infracción

bajo la LDC, puesto que los plazos de entrega sufridos por ASCENSORES HEMEN no superarían los plazos en los que ORONA incurre en el suministro de piezas a terceros ni a sus propias empresas de mantenimiento integradas en el grupo, y que los casos en los que se superan dichos plazos han sido justificados por ORONA a requerimiento de la DI.

33. Bajo la sede del artículo 3 LDC la DI analiza las alegadas presiones verbales que la denunciada realiza a las comunidades de propietarios para impedir que contraten con ASCENSORES HEMEN, tales como que, ASCENSORES HEMEN no cuenta con piezas de repuesto para prestar el servicio de mantenimiento, que no tienen experiencia ni técnicos que garanticen el servicio, que no cuentan con la autorización para operar como empresa conservadora, que no cuentan con seguro de responsabilidad civil u otras condiciones necesarias para poder desarrollar el servicio de mantenimiento, etc. (folios 7 y 8). Y recuerda, en primer lugar, que *“Las anteriores manifestaciones estarían apuntando a actuaciones desleales, bien mediante la transmisión de información engañosa o falsa que puede inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, bien mediante la difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, tipificadas en los arts. 5 y 9 de la Ley de Competencia Desleal, respectivamente”*. Y en segundo lugar que la aplicación del artículo 3 de la LDC requiere que los hechos denunciados constituyan un acto de competencia desleal, y que estas conductas afecten al interés público por falsear la libre competencia. No habiendo indicios de que tales hechos han sucedido, aun cuando la DI requirió a la denunciante algún tipo de prueba, ésta concluye que no se puede determinar la existencia de indicios racionales de conducta prohibida por el artículo 3 de la LDC¹².
34. Consecuentemente con el análisis anterior la DI valora que no hay indicios de infracción de la mencionada Ley, y el 20 de septiembre de 2012, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y elevó propuesta al Consejo de la CNC de no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por D. [XXX], en calidad de Administrador único de la mercantil Electromecánica Hemen Elevadores, S.L. (ASCENSORES HEMEN) contra ORONA, S. COOP. (ORONA) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas la LDC, y que dieron lugar al expediente S/403/12 ORONA.
35. El Consejo finalizó la deliberación y falló esta resolución el 20 de marzo de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

¹² Todo ello sin perjuicio de las actuaciones que se analizan actualmente en el marco del expediente S/410/12, incoado contra determinadas empresas presentes en el mercado de mantenimiento de ascensores, por una posible conducta anticompetitiva consistente en obstaculizar la actividad de los competidores en el mercado a través de comunicaciones a clientes con contenido engañoso y denigratorio sobre la actuación de sus competidores en el mantenimiento y suministro de piezas de recambio al disponerse de pruebas documentales con indicios claros sobre dichas conductas a diferencia de lo que ocurre en las presentes actuaciones.

Primero.- El artículo 49.1 de la LDC dispone que la Dirección de Investigación incoará expediente sancionador cuando observe indicios racionales de existencia de conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la misma Ley. En el número 3 del citado artículo 49 se añade que el Consejo, a propuesta de la Dirección de Investigación, acordará no incoar procedimiento sancionador y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas cuando considere que no hay indicios de infracción.

Por otro lado, el artículo 27.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, estipula que, *"Con el fin de que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia pueda acordar no incoar procedimiento y archivar las actuaciones en los términos establecidos en los artículos 44 y 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la Dirección de Investigación le dará traslado de la denuncia recibida, de las actuaciones previas practicadas, en su caso, y de una propuesta de archivo"*.

En este expediente la DI, sobre la base de los preceptos citados, propone al Consejo la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de las denuncias presentadas por ASENSORES HEMEN, por no apreciar en la denuncia indicios de infracción de la mencionada Ley. Por lo tanto, teniendo en consideración la normativa citada, el objeto de esta Resolución es determinar si, a la vista de la información disponible de la fase de información reservada, la propuesta elevada a este Consejo es conforme a Derecho por no existir indicios de infracción en la conducta denunciada y analizada por el órgano de instrucción.

SEGUNDO.- Las conductas denunciadas y analizadas en el presente expediente se enmarcan en un mercado de actividad, el de mantenimiento y reparación de ascensores, sobre el que la CNC ha desarrollado numerosas actuaciones en todos sus campos de actuación. En materia de promoción, mediante informes sectoriales; en materia sancionadora, mediante la instrucción de los correspondientes expedientes; y en control de concentraciones económicas, mediante diversas autorizaciones, mayoritariamente autorizaciones con compromisos.

A lo largo de toda esa labor y teniendo en cuenta la actual estructura que presenta la industria de fabricación, venta, e instalación y el mantenimiento y reparación de los aparatos, con una elevada concentración y una integración vertical de los principales operadores presentes en la fabricación y en el mantenimiento de ascensores, la CNC ha llamado la atención sobre ciertas conductas que si son desarrolladas por operadores con posiciones de dominio en el estrecho mercado de la fabricación y venta de las piezas de recambio de sus ascensores podrían afectar las condiciones de competencia en el mercado del mantenimiento y reparación de ascensores, en el que operan empresas cuya única actividad es ésta, el mantenimiento y reparación de ascensores, debiendo pues suministrarse para la reposición de piezas de los grupos fabricantes, que a su vez compiten con ellas en el mercado del mantenimiento y reparación. Consecuentemente, el Consejo comparte con la Dirección de Investigación que parte de las conductas denunciadas, las que tienen que ver con la demora en la entrega de piezas, o el pretendido uso abusivo de la vía judicial sean preliminarmente analizadas bajo la sede del artículo 2, y ello aún sin llegar a delimitar de forma

exhaustiva el perímetro del mercado relevante, lo cual sin duda habría que realizar si de este análisis se derivasen indicios de un carácter abusivo de la conducta, lo que no consta realizado en el caso presente.

A diferencia de la Dirección de Investigación, el Consejo considera que otras conductas, como la supuesta demora o falta de entrega de la documentación necesaria para la puesta en marcha de los ascensores, independientemente de la posible infracción de una normativa sectorial, ajena al ámbito de aplicación de la LDC, en la que también podrían incurrir, son también susceptibles de análisis bajo la sede el artículo 2, en tanto en cuanto esa demora o falta de entrega pudiera tener un efecto similar a la demora en la entrega de piezas, dado que impediría o demoraría su uso en perjuicio de la calidad de servicio que el cliente recibe cuando quien le presta el servicio de mantenimiento es una empresa ajena al grupo fabricante del aparato.

Ciertamente en conductas como la pretendida estrategia de un uso abusivo de la vía judicial, en la que no se aprecia el cumplimiento siquiera de los requisitos establecidos por la jurisprudencia para que, en el caso de que hubiese una probada posición de dominio, ésta estrategia pudiese ser valorada como abusiva, la ausencia de este análisis no impide la valoración final realizada. Por ello, el Consejo coincide en que, en un análisis aislado de esta conducta como el que se ha realizado, la falta de concurrencia de dichos requisitos, lleva a la falta de apreciación de elementos indiciarios de una infracción por artículo 2.

Por lo que respecta a la demora de la entrega de piezas de repuestos de ascensores, el Consejo aprecia que los tiempos medios, tanto los denunciados, como los aportados por ORONA en los requerimientos de información resultan sorprendentemente elevados, y no comparte que la muestra sobre la que se han realizado las estimaciones de los tiempos medios de entrega sea representativa, por mucho que pueda ser objetiva. En primer lugar, se desconoce la relación del tamaño muestral respecto al universo que trata de representar (una observación por mes de un total de seis meses), por lo que no puede aseverarse su representatividad. Y en segundo lugar, dada la heterogeneidad que pueden presentar las piezas solicitadas, puesto que algunas deben ser fabricadas ad hoc, mientras que otras pueden existir en almacén, no tener en cuenta características de este tipo, impide concluir que los resultados sean representativos. Ante las distintas características que pueden presentar las piezas solicitadas, no puede admitirse como criterio de selección para formar la muestra la primera pieza dispensada en cada mes.

Ahora bien, el hecho de que, aun en el caso de no aceptar como acreditadas las justificaciones aportadas por ORONA, nos encontremos ante un número reducido de incidentes, especialmente si tenemos en cuenta la dimensión temporal en la que se producen, dos años, hace razonable deducir el escaso efecto en la actividad del denunciante de las demoras en las que ORONA podría estar incurriendo. Todo ello lleva a no apreciar la existencia una eventual estrategia abusiva por parte de ORONA en su política de suministro de piezas incompatible con el artículo 2.

El Consejo comparte la valoración que la Dirección realiza en sede del artículo 3 sobre la conducta individual de las supuestas denigraciones que ORONA estaría haciendo sobre ASCENSORES HEMEN, aunque valora que los supuestos actos vandálicos o

manipulaciones de los ascensores, al margen de infringir otro tipo de normativa, de constar indicios en el presente expediente, que no, podrían ser susceptibles de análisis en sede del artículo 3 en tanto en cuanto los mismos podrían tener el mismo efecto de desprestigio de la imagen del encargado del mantenimiento.

En cualquier caso, ante la ausencia de indicio alguno en el expediente de este tipo de conductas, no procede instar mayor análisis, ni de forma individual, ni como elementos todos ellos al servicio de un objetivo común, impedir el desarrollo de la actividad de los competidores del Grupo ORONA en el mercado de mantenimiento y reparación de ascensores en el ámbito geográfico donde opera el denunciante.

Por todo cuanto antecede, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, este Consejo,

HA RESUELTO

ÚNICO.- Sobre la base del artículo 49.3 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, no incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas en el expediente S/0403/12 ORONA.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.