

RESOLUCIÓN (Expte. 316/92)

Sección Primera

Excmos. Sres.:
Martín Canivell, Presidente
Alcaide Guindo, Vocal
Soriano García, Vocal

En Madrid a 5 de noviembre de 1992.

Visto por la Sección Primera de este Tribunal, integrada por los señores que anteriormente se relacionan, el expediente nº 316/92 (número 578/89 del Servicio de Defensa de la Competencia), teniendo en cuenta los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 17 de julio de 1989 el Servicio de Defensa de la Competencia tuvo conocimiento del escrito de D. Mariano Recio Alonso, representante legal de la Sociedad Cooperativa Limitada Castellana de Ascensores (en adelante CASTELLANA DE ASCENSORES), por el que formulaba denuncia por supuestas prácticas restrictivas de la competencia concretadas en la existencia de una conducta deliberada y conscientemente paralela de la casi totalidad de las empresas de aparatos elevadores consistente en la exigencia de la firma de contratos de larga duración (de cinco y diez años) para el mantenimiento y reparación de los ascensores que instalan, con los que vinculan a los usuarios creando una total impermeabilidad que imposibilita el acceso de otras empresas al mercado de los servicios de mantenimiento y reparación de elevadores.

Acompañaba copias de contratos de las empresas ZARDOYA OTIS S.A. y GIESA SCHINDLER S.A. en los que "claramente se ve el consciente paralelismo de su clausulado, el abuso de posición dominante y la evidente indefensión del usuario".

Se amparaba para su denuncia en la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 20 de julio de 1963, los artículos 85 y 86 del Tratado CEE y el Reglamento 17, de 6 de febrero de 1962, del Consejo de las Comunidades Europeas.

2. El Servicio de Defensa de la Competencia acordó mediante Providencia de 21 de julio de 1989 la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente a instancia de parte interesada por supuestas prácticas

restrictivas de la competencia prohibidas por los artículos 1º y 2º de la Ley 110/1963, de 20 de julio. A dicho expediente se le atribuyó el número 578/89, entendiéndose las actuaciones con ZARDOYA OTIS S.A., y GIESA SCHINDLER S.A. y con todas aquellas empresas, personas físicas o jurídicas que hubieren tenido relación con los hechos.

3. Por Providencia de 12 de septiembre de 1989, el Instructor ordenó que se llevara a cabo el trámite de Información Pública mediante la publicación de Aviso en el Boletín Oficial del Estado, Boletín Oficial de la Provincia de Valladolid y Boletín Semanal de Información Comercial Española. Como consecuencia de tal información pública, entre 25 y 30 de octubre de 1981, se presentaron ante el Servicio 24 escritos correspondientes a otras tantas Comunidades de Propietarios - 11 correspondientes a fincas situadas en Valladolid y 13 situadas en Salamanca - redactados en los mismos términos.
4. El Servicio formuló Pliego de Concreción de Hechos de Infracción el 25 de marzo de 1991, en el que imputa a las empresas ZARDOYA OTIS S.A. y GIESA SCHINDLER S.A. la inclusión en sus contratos de conservación de ascensores en la provincia de Valladolid de una cláusula, prácticamente idéntica, que establece una duración de 5 años para los contratos, y que esta imposición de condiciones desde su posición de dominio impide a los competidores, pese a los deseos de las Comunidades de Propietarios, resolver los largos contratos, lo que supone la eliminación de dichos competidores. El Pliego establece que los hechos que se imputan a las dos empresas determinan la existencia de una infracción de lo dispuesto en el artículo 2.1 y tipificado en el artículo 3.d) de la Ley 110/1963 puesto que gozan de posición de dominio en el mercado de la instalación y conservación de elevadores en España.
5. Mediante escrito recibido en el Servicio el 26 de diciembre de 1991 el denunciante notifica que ha tenido conocimiento de nuevos hechos, por lo que procede a formular un "addendum" a la anterior denuncia.

Los nuevos hechos denunciados son la existencia en Valladolid y Salamanca de sendas asociaciones de empresas, ASVALL en Valladolid y AESDA en Salamanca.

En relación con la situación en Valladolid, el denunciante alega que ha sido invitado a participar en ASVALL en diciembre de 1986 y en diciembre de 1991 y que la finalidad de la Asociación es la fijación de precios y el control de las respectivas carteras de clientes para que se respeten los pactos de no competencia.

Respecto a la situación en Salamanca, denuncia que AESDA sigue la misma política de control de mercado que ASVALL; sus miembros, al renovar los contratos anuales, los han sustituido por contratos quinquenales y llevan una defensa común en la interposición de demandas judiciales contra los clientes que deciden resolver sus contratos y contratar con CASTELLANA DE ASCENSORES presionando a ésta a pactar, a cambio de desistir de los pleitos o de la ejecución de sentencias contra las Comunidades de Propietarios clientes de la denunciante.

Como consecuencia de dicho escrito - y dado que la legislación vigente en materia de defensa de la competencia había sido sustancialmente modificada mientras se tramitaba el expediente - la Instructora dictó Providencia de 27 de diciembre de 1991 en la que ordenaba que se obtuviera testimonio de la última documentación aportada por la denunciante, así como de toda la documentación obrante en el expediente referida a contratos de la provincia de Salamanca, para su incorporación al expediente 596/89 iniciado por denuncia de la empresa HELMANTICA DE ELEVADORES CB, que se encontraba en la fase anterior a la redacción del Pliego de Concreción de Hechos de Infracción y que hasta ese momento se circunscribía al mercado geográfico de Salamanca.

6. Tras la instrucción practicada se procedió a la elaboración de un estudio de concentración en el mercado de los servicios de mantenimiento y reparación de aparatos elevadores en el que se trataba de establecer la posible existencia de posición de dominio conjunta de las dos empresas a las que se imputaba la infracción de abuso de posición de dominio.

Resulta un índice de Herfindalh-Hirschmann de 1679, un núcleo oligopolístico de 3 y unos índices de Linda que parecen indicar la existencia de una cierta simetría de intereses entre las dos empresas denunciadas.

7. La Instructora procedió a la redacción del Informe-Propuesta de 15 de junio de 1992 en el que estimaba que, si pudiera concluirse la existencia "forzada" de una cierta posición de dominio de las empresas ZARDOYA OTIS S.A. y GIESA SCHINDLER S.A., no se ha acreditado en forma alguna un abuso injustificado de dicha posición de dominio. Para argumentar lo cual el Informe precisa dos extremos:
 - a) Cuál debe ser la duración del contrato de mantenimiento y si ésta debe tener alguna relación con la validez anual de la obligatoria inscripción de las empresas Conservadoras de Elevadores en un Registro existente en la Administración competente de acuerdo con la regulación de la materia.

El Informe-Propuesta concluye que la duración del contrato de mantenimiento no tiene por qué estar relacionada con la renovación anual de la inscripción en el Registro de empresas elevadoras y que la duración denunciada de cinco años no puede, apriorísticamente, ser calificada como larga, dadas las exigencias de estabilidad de las empresas de mantenimiento para su supervivencia.

- b) Si, dada la supuesta imposición del plazo de duración derivada de una posición de dominio por parte de las empresas de mantenimiento, existe un vicio que tiene como consecuencia la anulación del pacto. Respecto de lo cual concluye que debe presumirse la existencia de autonomía en la voluntad de contratación y, por tanto, de validez de los pactos. El control de dicha validez corresponde a los Tribunales ordinarios y no puede concluirse de un acto lícito una eliminación ilícita de los competidores.

De modo que se propone que se declare que no resulta acreditada la existencia de las prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por los artículos 2.1 y 3.d) de la Ley 110/1963.

8. Con el conforme del Director General de Defensa de la Competencia al citado Informe-Propuesta, el Consejo de Defensa de la Competencia tomó conocimiento del expediente en su reunión de 26 de junio de 1992, acordándose su elevación al Tribunal de Defensa de la Competencia.
9. Recibido el expediente en el Tribunal el 29 de junio de 1992, se turnó a la Sección Primera dándole el número 316/92. Mediante Providencia de 7 de julio de 1992 se designó Ponente y se dió vista de lo actuado a todos los interesados por treinta días para que formularan alegaciones y propusieran la práctica de pruebas.
10. Se recibieron alegaciones del representante de GIESA SCHINDLER S.A. - que además solicitaba el levantamiento de la confidencialidad de la pieza separada acordada por la Instructora a solicitud de ZARDOYA OTIS S.A. - y del representante de ZARDOYA OTIS S.A., que aportaba además pruebas documentales.
11. Mediante Auto de 4 de septiembre de 1992 se admitió el expediente a trámite, y las pruebas documentales aportadas por ZARDOYA OTIS S.A., y se acordó la improcedencia de levantar la confidencialidad de la pieza separada que no suponía indefensión alguna para la otra empresa denunciada.

12. Complimentaron el trámite de conclusiones CASTELLANA DE ASCENSORES, GIESA SCHINDLER S.A. y ZARDOYA OTIS S.A., y las dos últimas se ratificaron en sus conclusiones por escrito. La Providencia de 27 de octubre de 1992 declaró concluidas las actuaciones señalando el día 28 de octubre para deliberación y fallo.
13. Han sido interesados en este expediente
 - SCL CASTELLANA DE ASCENSORES, representada por D. Mariano Recio Alonso
 - ZARDOYA OTIS S.A., representada por D. Antonio R. Rodríguez Muñoz
 - GIESA SCHINDLER S.A., representada por D. Francisco de las Alas Pumariño y Miranda

En la tramitación del expediente se han cumplido todas las prescripciones legales y reglamentarias.

Ha sido Ponente la Vocal Sra. Alcaide Guindo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El expediente fue incoado a instancia de parte interesada por Providencia de fecha 21 de julio de 1989. De acuerdo con lo establecido en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, debe ser resuelto con arreglo a lo establecido en la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, tanto respecto al fondo como al procedimiento.
2. La denuncia de CASTELLANA DE ASCENSORES supone la existencia de una conducta deliberada y conscientemente paralela de la casi totalidad de las empresas instaladoras de elevadores consistente en la exigencia de la firma de contratos de larga duración para el mantenimiento y reparación de dichos ascensores impidiendo así el acceso al mercado de los servicios de mantenimiento y reparación de elevadores a otras empresas que son conservadoras pero no instaladoras.

Denuncia asimismo un abuso de posición dominante y una evidente indefensión de los usuarios (normalmente las Comunidades de Propietarios). No concreta la delimitación geográfica de las prácticas denunciadas.

La Providencia de incoación de expediente recogía tanto los supuestos de concertación (artículo 1 de la Ley) como de abuso de posición de dominio (artículo 2), tanto de las empresas ZARDOYA OTIS S.A. y GIESA SCHINDLER S.A. como de todas las que resultaren implicadas.

No obstante lo cual, el Pliego de Concreción de Hechos de Infracción y la instrucción practicada se limitan a imputar y tratar de probar la existencia de abuso de posición de dominio por parte de las empresas ZARDOYA OTIS S.A. y GIESA SCHINDLER S.A. en la provincia de Valladolid, ignorando totalmente la denuncia de concertación en la que participarían otras empresas instaladoras y la denuncia de prácticas en la provincia de Salamanca.

3. Ante esta circunstancia, la empresa denunciante insiste en la existencia de concertación en el seno de la Asociación ASVALL de Valladolid y de AESDA en Salamanca expuesta en su escrito de 26 de diciembre de 1991. Existiendo una denuncia tan clara de concertación, que el Servicio interpreta como adición a la denuncia principal - y dado que el Pliego de Concreción de Hechos de Infracción se refiere solamente a un abuso de posición de dominio conjunta en la provincia de Valladolid y que en el ínterin ha cambiado la legislación vigente en materia de defensa de la competencia - la Instructora acuerda que se obtenga testimonio de todo lo relativo a concertación y a prácticas en la provincia de Salamanca y se incorpore a otro expediente en tramitación.

Con arreglo al procedimiento establecido en la Ley 110/1963, aplicable a este expediente, el Servicio no tiene capacidad para sobreseer un expediente. Con lo cual se llega a un Informe-Propuesta en el que se solicita al Tribunal que se declare que no se ha acreditado la existencia de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 2.1 en relación con el 3.d) de la Ley 110/1963, por no haberse probado la existencia de abuso y sin dejar claro si se estima probada la existencia o no de posición de dominio.

4. Es preciso, en primer lugar, interpretar el contenido de la denuncia: las grandes empresas, fabricantes e instaladoras además de conservadoras, se prevaldrían de su posición de privilegio en el momento de la contratación de la instalación del aparato elevador para captar clientes a largo plazo para los servicios de mantenimiento y reparación, que son la línea más importante de su negocio. Mediante la imposición de contratos de larga duración se asegurarían una cartera de clientes a salvo de las condiciones de competencia en el mercado de los servicios de mantenimiento, en el que operan otras muchas pequeñas empresas.

En esta hipótesis, cabrían dos posibilidades de conducta de las empresas con negocio de instalación: la rivalidad entre ellas, compitiendo en las condiciones de venta de la instalación y en las del subsiguiente contrato de mantenimiento, o la concertación en uno o en ambos negocios.

De las dos posibilidades, el denunciante indica que los instaladores habrían optado, en cuanto al negocio de mantenimiento, por la conducta paralela. Y muestra contratos de dos grandes empresas que tratan de demostrar lo denunciado.

De modo que la instrucción debiera haber versado sobre:

- la interrelación entre el negocio de instalación y el de conservación de ascensores
- la existencia o inexistencia de concertación entre los instaladores en el mercado de servicios de mantenimiento y reparación de ascensores.

teniendo en cuenta que el mercado geográfico del negocio de fabricación e instalación de ascensores es probablemente nacional, mientras que tiene mucho sentido considerar que el mercado geográfico del servicio de mantenimiento se circunscribe a zonas mucho más limitadas, de modo que un diseño provincial podría ser adecuado (con correcciones en determinados casos).

Sin embargo, la instrucción se enfocó hacia un abuso de posición de dominio de dos empresas en un mercado nacional para eliminar a los competidores de una zona en un submercado.

5. No hubiera tenido sentido, dado el contenido de la Providencia de 27 de diciembre de 1991, que el Tribunal devolviera el expediente al Servicio para que practicara nueva instrucción y formulara, en su caso, nuevo Pliego de Concreción de Hechos de Infracción por prácticas concertadas prohibidas, puesto que la documentación más sustantiva había sido objeto de incorporación a otro expediente sancionador con arreglo a lo establecido por la Ley 16/1989. Por ello, el Tribunal resolvió admitir el expediente a trámite y proseguir el procedimiento a sabiendas de que en esta Resolución no se podría entrar a discutir la existencia o no de prácticas concertadas entre las empresas instaladoras y conservadoras de aparatos elevadores, sino que dicho extremo tendría que plantearse en un expediente posterior.
6. Así delimitado el contenido del expediente, es preciso analizar en primer lugar el contenido del Pliego de Concreción de Hechos de Infracción de 25 de marzo de 1991 y en segundo el contenido del Informe-Propuesta de 15 de junio de 1992 que son claramente contradictorios.

6.1. Tal como se ha expuesto en el numeral 4 de los Antecedentes de Hecho (AH) el Servicio imputó a ZARDOYA OTIS S.A. y GIESA SCHINDLER S.A. la inclusión en sus contratos de mantenimiento en Valladolid de una cláusula idéntica de duración de los contratos, que establecía un plazo de validez de los mismos de 5 años, abusando de su posición de dominio en el mercado de instalación y conservación de elevadores en España y atribuyéndoles cuotas de mercado de 35,34% y 18,96% respectivamente para el año 1988.

De modo que la atribución de la posición de dominio conjunta se hacía sobre una base territorial nacional y sobre un mercado de producto de la instalación y conservación de elevadores.

6.2. En cambio, el Informe-Propuesta contiene una argumentación claramente distinta: se elimina totalmente la referencia al mercado de instalación (no solamente en el mercado nacional sino incluso en la provincia de Valladolid) y se limita al análisis estático del mercado de conservación de ascensores en la provincia de Valladolid (folio 409), utilizando información correspondiente a los años 1989 a 1991 (sic) (folio 412) de la que resulta que las dos empresas con imputación de cargos detentan una cuota conjunta de mercado ligeramente superior al 50%, que el índice de concentración de Herfindahl-Hirschmann del sector es de 1679, un núcleo oligopolístico de $K=3$ e índices de dominio de Linda que podrían indicar la existencia de simetría de intereses entre las dos empresas denunciadas en el mercado estudiado.

Todo lo cual hace concluir a la Instructora que, según la definición del artículo 2.2.b) de la Ley 110/1963, aplicable a este expediente, sólo cabe establecer la existencia de una posición de dominio "forzada".

7. Interpretemos qué puede querer decir el Informe-Propuesta con dicha expresión.

El artículo 2.2.b) de la Ley 110/1963 define que "dos o más empresas gozan de posición de dominio para un determinado tipo de producto o servicio, cuando no exista competencia efectiva entre ellas o sustancial por parte de terceros en todo el mercado nacional o en una parte de él".

Con una definición tan restrictiva - y teniendo en cuenta que se trata de predicar la existencia de posición de dominio conjunta en el mercado de mantenimiento de ascensores en Valladolid, para el cual las dos empresas examinadas tienen una cuota aproximada del 50%, existiendo en ese

mercado otros trece operadores - claramente no puede concluirse la existencia de posición de dominio de las dos empresas.

Las dudas que se reflejan en el Informe-Propuesta se deben seguramente a la impresión de que ambas empresas gozan de una situación de privilegio que no se deriva directamente de su posición en el mercado de mantenimiento de ascensores en Valladolid, sino en otro mercado de producto relacionado con él y en un ámbito geográfico más amplio y que tiene algo que ver con una simetría de intereses que puede inducir a esperar de ellas una conducta concertada o conscientemente paralela.

Sin embargo, es preciso ceñirse a la imputación concreta de abuso de posición de dominio, de modo que sólo cabe concluir que no se ha acreditado la existencia de tal situación:

- a) en el mercado de mantenimiento de ascensores en Valladolid porque parece existir competencia sustancial de terceros y no se ha demostrado la inexistencia de competencia efectiva entre ellas
 - b) en el mercado de instalación de ascensores en España porque el asunto no ha sido siquiera discutido.
8. Es superflua, por tanto, la discusión realizada por el Servicio en el Informe-Propuesta sobre si ha existido o no abuso pues, al no existir técnicamente posición de dominio con la legislación aplicable al caso, no puede haber abuso de la misma.

Sin embargo, esta Sección no puede por menos que combatir el razonamiento contenido en el Informe-Propuesta al respecto.

Si se hubiera demostrado la existencia de posición de dominio de las dos empresas en un mercado relacionado con el de mantenimiento de ascensores en Valladolid, y se hubiera probado además la imposición de contratos de larga duración en el momento de la instalación de ascensores, demostrando por último que dicha imposición había constituido una práctica comercial tendente a la eliminación de los competidores, el Servicio y el Tribunal podrían haber concluido lícitamente la existencia de un abuso de posición de dominio restrictivo de la competencia y prohibido por el artículo 2 de la Ley 110/1963. Y ello al margen de que la introducción de una cláusula de duración de cinco años sea lícita normalmente y en principio haya que presuponer su validez. En este sentido, el Tribunal ha declarado en repetidas ocasiones (sirvan de ejemplo las Resoluciones de 17 de marzo de 1992 y de 28 de julio de 1992) que la existencia de una posición de dominio en el mercado coloca a las empresas que la detentan

en una especial situación que las lleva a no poder realizar determinadas actuaciones que, si no se dieran las anteriores circunstancias, serían plenamente válidas.

Lo que ocurre en el presente caso es que no se han probado todos y cada uno de los elementos necesarios de: a) posición de dominio en el mercado de instalación; b) la utilización de dicha ventaja para la imposición de contratos de larga duración en el momento del primer contrato de mantenimiento; y c) la utilización de dicho instrumento para eliminar del mercado a los competidores que no participan sustantivamente en el mercado de instalación de ascensores.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, la Sección Primera

HA RESUELTO

Declarar que no ha resultado acreditada en este expediente la existencia de prácticas prohibidas por la Ley 110/1963, de 20 de julio, consistentes en abuso de posición de dominio, dándose por ultimado el expediente, que se archivará, una vez sea firme esta Resolución y, a petición de parte, se publicará a costa de la misma en el Boletín Oficial del Estado.

Notifíquese esta Resolución a los interesados y comuníquese al Servicio de Defensa de la Competencia, haciendo saber a aquéllos que, contra ella, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 124 del Reglamento del Tribunal, podrán interponer recurso de súplica ante el Pleno del Tribunal en el plazo de diez días a partir del siguiente al de la fecha de su notificación.