

RESOLUCIÓN

Expte. S/0302/10, Orona/Omega

Consejo

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

En Madrid, a 22 de septiembre de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada y siendo Ponente el Consejero Don Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente sancionador S/0302/10 incoado contra las sociedades ORONA Sociedad Cooperativa y OMEGA ELEVATOR SA de oficio por la Dirección de Investigación, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, de conformidad con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha de 2 de junio de 2010 el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) dictó un Acuerdo en el que resolvió: (i) no acceder a la pretensión de OMEGA de tener acceso a la versión confidencial del Informe de la Dirección de Investigación de la CNC de la concentración C-0150/09 ORONA/OMEGA; (ii) declarar improcedente la solicitud de aclaración del término “comercialización” empleado en los pactos de no competencia; y (iii) dar traslado a la Dirección de Investigación (DI), a los efectos oportunos, del escrito de alegaciones en el que ORONA Sociedad Cooperativa (ORONA) informaba de la firma con OMEGA Elevator SA (OMEGA) de una adenda modificativa del Convenio Marco de fecha 14 de abril de 2010, por si la misma pudiera suponer una infracción del artículo 1 de la LDC.
2. Con fecha 4 de octubre de 2010 la DI, a la vista de posibles indicios de infracción del artículo 1 de la LDC, procedió a incoar el presente expediente sancionador contra las dos empresas signatarias de la adenda de 14 de abril de 2010 (ORONA y OMEGA), notificándose la adopción de dicho acuerdo a ambas empresas.

3. Con fecha 12 de abril de 2011 tuvo entrada en la CNC escrito de ORONA solicitando la suspensión del plazo para resolver el expediente de referencia y el inicio de actuaciones para la terminación convencional sobre la totalidad del procedimiento sancionador S/0302/10, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y 39 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC), y aportando una propuesta de compromisos con el fin de resolver los eventuales efectos que la conducta objeto del expediente hubiese tenido, en su caso, sobre la competencia.
4. Con fecha 15 de abril de 2011 la DI acordó el inicio de las actuaciones tendentes a una terminación convencional del expediente de referencia, así como la suspensión de plazo máximo de resolución del mismo, procediéndose a su notificación a los interesados y adjuntando, asimismo, a la mercantil OMEGA copia de la propuesta de compromisos para que, conforme a lo dispuesto en el artículo 39.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), pudiese presentar cuantas alegaciones estimase necesarias. Con igual fecha la DI remitió al Consejo de la CNC copia de la citada propuesta de compromisos.
5. Con fecha de 5 de mayo de 2011 tuvo entrada escrito de alegaciones de OMEGA mostrando su conformidad a que se llegue a una terminación convencional del expediente y aceptando igualmente la generalidad de la propuesta de compromisos presentados por ORONA, con excepción de algunas matizaciones en el apartado relativo a las campañas publicitarias.
6. Con fecha 16 de mayo de 2011 la DI envió a ORONA escrito solicitándole la introducción de determinadas matizaciones en la propuesta de compromisos de 12 de abril de 2011, a la vista de algunas de las alegaciones presentadas por OMEGA.
7. Con fecha 20 de mayo de 2011 tuvo entrada en la CNC escrito de ORONA con la propuesta matizada de compromisos, en línea con las sugerencias e indicaciones formuladas por OMEGA y aceptadas por la DI (folios 614 y 615), enviándose, en esa misma fecha, copia del escrito de propuesta matizada de compromisos a OMEGA para que formulase las alegaciones que considerase oportunas.
8. Con fecha 24 de mayo de 2011, en virtud del artículo 39.2 del RDC, la DI remitió al Consejo de la CNC la mencionada propuesta matizada de compromisos.
9. Con fecha 1 de junio de 2011 tuvo entrada escrito de alegaciones de OMEGA a la propuesta matizada de compromisos de ORONA, señalando su conformidad con la nueva propuesta de compromisos y la nueva redacción de la segunda adenda.
10. Con fecha 8 de junio de 2011 tuvo entrada en la CNC escrito de propuesta de compromisos firmada y presentada conjuntamente por los representantes legales de ambas mercantiles.
11. El 28 de julio de 2011, conforme a lo dispuesto en el art. 52 de la LDC y en el art. 39.5 del RDC, la DI elevó a este Consejo Propuesta de terminación convencional junto con el expediente de referencia.

12. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló este expediente en su reunión del 7 de septiembre de 2011.
13. Son partes interesadas en este expediente nº S/0302/10:
 - ORONA Sociedad Cooperativa
 - OMEGA Elevator SA

HECHOS PROBADOS

Conforme al contenido de la Propuesta de terminación convencional formulada por la Dirección de Investigación, el Consejo considera como hechos probados relevantes para la resolución de este expediente los siguientes:

LAS PARTES:

1. ORONA Sociedad Cooperativa pertenece 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).

ORONA cuenta, directamente o a través de sus participadas, con cuatro fábricas de producción de ascensores, escaleras mecánicas y otros aparatos elevadores, dos en España (Vitoria y Guipuzcoa), una en China y otra en México. Igualmente cuenta con una extensa red de delegaciones comerciales en España, Portugal, Francia y Reino Unido.

En 2009 la cifra de negocios de ORONA ascendió a los 517,1 M€. Su plantilla se situó en 3.719 personas.

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.

2. OMEGA ELEVATOR SA es una empresa con sede social en Vitoria y cuyo objeto social es el diseño, fabricación, instalación y mantenimiento de ascensores y plataformas, así como de sus componentes. En términos de propiedad OMEGA está actualmente participada mayoritariamente por XXX, XXX y XXX y por el grupo empresarial Zener Elevadores.

OMEGA dispone de una fábrica de aparatos elevadores en Vitoria y su ámbito territorial principal de actividad es España y, en menor medida, el Reino Unido a través de su filial OMEGA CITY LIFTS LIMITED, una sociedad británica dedicada igualmente a la venta, instalación y mantenimiento de aparatos elevadores.

INFORMACIÓN SOBRE EL MERCADO:

3. Mercado de producto:

Los precedentes nacionales existentes han distinguido los ascensores del resto de plataformas de elevación, atendiendo, principalmente, a sus distintas características técnicas y empleo: cabina que se desplaza a lo largo de guías rígidas, con una inclinación horizontal superior a 15 grados, y destinada al transporte de personas y de objetos, o de objetos únicamente, siempre que la cabina sea accesible a las personas y esté equipada con elementos de mando situados dentro de la cabina o al alcance de las personas que se encuentren dentro de la misma (Informes del Servicio de Defensa de la Competencia sobre las concentraciones N-04094 Zardoya Otis/Electromecánica CAM (Activos), N-05050 Orona/Electra, N-05068 Zardoya Otis/Mantenimiento Elevadores Soler, N-06041 Zardoya Otis/Lagi, N-07033 Zardoya Otis/Ascensores Aspe, y N-07083 Orona/Ascensores Gasteiz. Ver también Resoluciones del Consejo de la CNC sobre la concentración C 108/07 Orona/Ascensores Gasteiz, sobre la concentración, C/0109/08 Orona/Ascensores Sagastizabal y sobre la concentración C/150/09 Orona/Omega Elevator).

Dentro de los ascensores, los precedentes señalados han distinguido como mercados de producto separados los siguientes segmentos: (i) mercado de fabricación y venta de ascensores, y (ii) mercado de mantenimiento y reparación de ascensores. Asimismo, dentro del mercado fabricación y venta de ascensores, los precedentes han distinguido dos submercados 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 la instalación y montaje de aparatos elevadores.

4. Mercado geográfico:

En función de los precedentes nacionales existentes, la dimensión geográfica del mercado para la fabricación y venta de ascensores, incluidos ambos subsegmentos, podría considerarse de dimensión nacional, mientras que para el mercado minorista de instalación, mantenimiento y reparación de ascensores el mercado geográfico sería, como mínimo, de ámbito provincial (Resoluciones del Consejo de la CNC sobre las concentraciones C-0027-07 Zardoya-Otis/Devega; C108/07 Orona/Ascensores Gasteiz, C/0109/08 Orona/Ascensores Sagastizabal y C/150/09 Orona/Omega Elevator.)

En el Informe Propuesta de la DI de 30 de junio de 2009 relativo al expediente de concentración C/0150/10 ORONA/OMEGA se señala que la delimitación geográfica del mercado de fabricación y venta mayorista de ascensores podría considerarse de dimensión superior al ámbito nacional, debido a las siguientes razones: i) tendencia de las grandes multinacionales a deslocalizar las plantas de producción, ii) bajos costes de transporte en

relación con el valor de mercado de los aparatos y iii) incremento de los flujos comerciales transfronterizos experimentado en los últimos años.

En ese mismo Informe la DI indicaba que: *“Por los factores expuestos, esta Dirección de Investigación considera que la dimensión geográfica del mercado de fabricación y venta mayorista podría ser de ámbito superior al nacional.”*

HECHOS

5. La concentración C/0150/09

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

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

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

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

6. Pactos de no competencia previstos en los contratos anexos al Convenio Marco de 20 de febrero de 2009:

6.1. En la cláusula octava de los contratos anexos al Convenio Marco (anexos de 2º al 6º) se recogen los pactos de no competencia y de secreto aplicables a los distintos territorios en los que se iba a llevar a cabo la operación de transmisión de las delegaciones territoriales de OMEGA, y cuyo texto estándar se reitera en cada anexo (puntos 1 y 2), incluyéndose determinadas matizaciones para cada territorio, en el punto 2 *“Actividades excluidas por los pactos de competencia”*.

6.2. El texto estándar del punto uno de la cláusula octava que aparece bajo el epígrafe *“Obligaciones de no competencia y de secreto”* es el que a continuación se transcribe:

[...]

[...]

6.3. El texto estándar que se repite en todos los puntos 2º de la cláusula octava de cada anexo, por su parte, señala lo siguiente:

[...]

[...]

[...]

6.4. En el caso del pacto de no competencia aplicable a los territorios comprendidos en la provincia de Burgos y la Comunidad Autónoma de La Rioja (Anexos 2 y 3) se establece lo siguiente:

“En virtud del presente pacto de no competencia, en el ámbito territorial de la provincia de Burgos y la Comunidad Autónoma de La Rioja, y fuera de las relaciones con la COMPRADORA, durante toda la vigencia del mismo, la VENDEDORA [...] [...]”

Se excluyen del pacto no competencia las actividades de [...]

[...]

“En virtud del presente pacto de no competencia, en el territorio de la provincia de Álava, y fuera de las relaciones con la COMPRADORA, durante toda la vigencia del mismo, la VENDEDORA... [...] (folios 300 y 301).”

6.5. En lo que respecta a la provincia de **Guipúzcoa** (Anexo 5), se señala: *“En virtud del presente pacto de no competencia, en el territorio de la provincia de Guipuzkoa, y fuera de las relaciones con la COMPRADORA, durante toda la vigencia del mismo, la VENDEDORA... [...] (folios 325 y 326).”*

6.6. Para el territorio de la provincia de **Bizkaia** (Anexo 6), se señala: *“En virtud del presente pacto de no competencia, en el territorio de la provincia de Bizkaia, y fuera de las relaciones con la COMPRADORA, durante toda la vigencia del mismo, la VENDEDORA... [...]”*

7. Establecimiento del alcance de los pactos de no competencia de la cláusula octava de los contratos del Convenio Marco mediante la Adenda Modificativa del Convenio Marco de fecha 14 de Abril de 2010 (en adelante, Primera Adenda):

7.1. La Adenda Modificativa (Primera Adenda), de fecha 14 de abril de 2010, consta de tres cláusulas. A continuación se transcriben las dos primeras, ya que la tercera se refiere a la elevación a escritura pública.

7.2. La cláusula 1ª de la Primera Adenda bajo el título “Extinción de Compromisos” señala que [...]

7.3. Por su parte la cláusula 2ª de la Primera Adenda señala bajo el título de “Alcance de los pactos de no competencia”, que: [...]
[...]

8. El contenido de la propuesta final de compromisos presentada conjuntamente por ORONA y OMEGA el 8 de junio de 2011 es resumida por la DI en su Propuesta de terminación convencional del presente expediente sancionador como sigue:

“... i) compromiso de firma de una nueva adenda (Segunda Adenda) que dejará parcialmente sin vigor la Primera Adenda (folios 649 y 650), ii) compromisos de publicidad y iii) compromisos adicionales (de ejecución).

Compromiso de firma de la Segunda Adenda.

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

1. EXTINCIÓN DE COMPROMISOS

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

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

2. ALCANCE DE LOS PACTOS DE NO COMPETENCIA.

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

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

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

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

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

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

Compromisos de publicidad

- En el plazo de quince días a contar desde la notificación de la Resolución que acuerde la terminación convencional del expediente de referencia, ORONA enviará la carta informativa a los instaladores y distribuidores mayoristas de aparatos elevadores activos en las provincias de Burgos, Álava, Guipúzcoa, Vizcaya y en la Comunidad Autónoma de La Rioja con el contenido previsto en el Anexo 2º de la propuesta de compromisos.
- En el plazo de quince días a contar desde la notificación de la Resolución que acuerde la terminación convencional del expediente de referencia ORONA publicará en un diario de tirada nacional y en otro diario del País Vasco un anuncio informativo referente a este asunto con el contenido previsto en el Anexo 3º de la propuesta de compromisos.

Compromisos adicionales

- ORONA y OMEGA aplicarán la Primera Adenda del Convenio Marco en los términos recogidos en la Segunda Adenda desde el momento en que la DI de la CNC acuerde proponer al Consejo la terminación convencional del expediente.
- ORONA informará a la DI de la CNC del cumplimiento de estos compromisos en el plazo de un mes desde la adopción de la Resolución que acuerde la terminación convencional del expediente de referencia.”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Objeto del expediente

Dentro de las funciones de resolución atribuidas al Consejo de la CNC, el artículo 52.1 de la LDC dispone que éste podrá resolver, a propuesta de la Dirección de Investigación, la terminación convencional del procedimiento sancionador incoado cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados

de las conductas objeto del expediente y quede suficientemente garantizado el interés público. El art. 39.6 del RDC añade que esta resolución del Consejo tendrá como contenido mínimo: a) la identificación de las partes que resulten obligadas por los compromisos, b) el ámbito personal, territorial y temporal de los compromisos, c) el objeto de los compromisos y su alcance, y d) el régimen de vigilancia del cumplimiento de los compromisos.

La conducta que motivó la incoación del expediente sancionador de referencia es, en particular, el contenido de determinadas cláusulas de la Adenda modificativa o Primera Adenda (HP 6) al Convenio Marco de 20 de febrero de 2009 firmado por ORONA y OMEGA, y por las que se interpreta el alcance de determinados pactos previstos en aquel Convenio Marco que dio lugar a la operación de concentración C/0150/09 (HP 7), en el sentido de que el mercado de aprovisionamiento mayorista también estaría contenido en el perímetro del pacto de no competencia considerado restricción accesoria a la citada concentración.

Una vez incoado por la DI el presente expediente sancionador S/0302/10, y antes de que el órgano instructor formularse el pertinente Pliego de Concreción de Hechos conforme al art. 33 del RDC, OMEGA unilateralmente presentó una solicitud de inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente, aportando una propuesta de compromisos (HP 3). La DI acordó el inicio de las actuaciones, en cuyo contexto y de conformidad con el art. 39 del RDC, OMEGA presentó alegaciones en las que mostraba su conformidad con carácter general con la propuesta de compromisos de ORONA, con algunas excepciones. A la vista de estas alegaciones de parte y de la observaciones realizadas por la DI (HP 3), finalmente con fecha 8 de junio de 2011 ORONA y OMEGA presentaron conjuntamente una propuesta de compromisos (HP 8) que la DI considera en su Propuesta de terminación convencional elevada a este Consejo cumple los requisitos que dispone el art. 52 de la LDC para que resolver convencionalmente este expediente sancionador S/0302/10.

En consecuencia, el objeto de esta Resolución es analizar y concluir si los compromisos presentados por ORONA y OMEGA recogidos en la Propuesta de terminación convencional formulada por la DI y elevada a este Consejo el 28 de julio de 2011 son adecuados para resolver los problemas de competencia derivados de la conducta objeto del expediente sancionador y garantizan suficientemente el interés público, en cuyo caso conforme al citado art. 52 de la LDC y el art. 39 del RDC procedería resolver la terminación convencional del expediente de referencia.

Segundo.- Valoración jurídica de la primera propuesta de compromisos

El artículo 1.1 de la LDC dispone: *“Se prohíbe todo acuerdo (...), que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional (...).”*

Conforme dispone el art. 49.1 de la LDC, y a la vista de la información obtenida en las actuaciones realizadas en el marco de la información reservada DP 33/10 ORONA/OMEGA, la DI acordó la incoación del presente expediente sancionador al concluir que existían indicios racionales de la comisión, por parte de ORONA y OMEGA, de una infracción del artículo 1

de la LDC, consistente en la posible existencia de un pacto de no competencia limitativo de la distribución y de las ventas en el mercado de fabricación y venta mayorista de aparatos elevadores en la Adenda Modificativa del Convenio Marco (Primera Adenda) firmada por ORONA y OMEGA con fecha 14 de Abril de 2010.

La necesidad de asegurar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado mayorista nace de la no afectación de este mercado por la operación de concentración ORONA/OMEGA, tal y como señala el Acuerdo del Consejo de fecha 2 de junio de 2010:

“En el informe de la CNC constatan como mercados que integran el sector en el que se desarrolla la operación de concentración un mercado amplio de fabricación y venta de ascensores en España y el mercado de mantenimiento de ámbito local. El primero de ellos, el de fabricación y venta de ascensores puede subdividirse en dos mercados más estrechos, según sea una venta mayorista o una venta para su instalación y posterior mantenimiento. Esta última venta se destina a clientes finales e incluye la instalación y montaje del ascensor. La operación de concentración afecta directamente a este último mercado, en tanto en cuanto el negocio que vende OMEGA y adquiere ORONA son las delegaciones comerciales que la primera tiene en Álava, Guipúzcoa, Burgos, La Rioja y Vizcaya, mientras que la fabricación y venta mayorista no se vería afectada, puesto que la fábrica de ascensores de OMEGA no es objeto de esta venta”. Y se añadía a modo de conclusión que “del contenido de la resolución queda por tanto claro que los pactos de no competencia que han sido considerados como una restricción accesorio, y que por tanto están amparados por la autorización de la CNC, no incluyen compromisos sobre el mercado de fabricación y venta mayorista de ascensores, quedando por tanto cualquier acuerdo de este mercado bajo la aplicación del artículo 1 de la LDC” (Subrayado añadido por la CNC).

Los compromisos inicialmente aportados por ORONA con fecha 12 de abril de 2011 comprenden: i) la modificación de la Primera Adenda mediante una Segunda Adenda, ii) compromisos sobre publicidad y iii) compromisos adicionales.

En relación con la modificación de la Primera Adenda de 14 de abril de 2010, y en lo que respecta a la cláusula 1ª, ORONA se compromete a incluir el término “no exclusivo” en el carácter de proveedor preferente que se otorga a [...] para el suministro de estructuras necesarias en la instalación de aparatos elevadores.

Por lo que respecta a la cláusula 2ª de la Primer Adenda, que lleva el rótulo de “Alcance de los pactos de no competencia”, se propone una nueva redacción: [...]

[...]

[...]

Así mismo, ORONA propone eliminar los párrafos que aparecían en la Primera Adenda referidos a la autorización para llevar a cabo operaciones de ventas pasivas de repuestos de aparatos elevadores.

Los compromisos presentados en materia de publicidad consistían en el envío de una carta a instaladores y distribuidores de aparatos elevadores operando en los territorios afectados por la Primera Adenda, así como la inserción de un anuncio en dos diarios, uno de tirada nacional

y otro en el País Vasco, con amplia difusión en los territorios afectados por la adenda, informando de que *“Omega Elevator SA puede realizar las actividades de venta mayorista de aparatos elevadores o de componentes de los mismos a instaladores y distribuidores”*.

Por último, ORONA presentó dos “compromisos adicionales” consistentes en: i) ORONA aplicará la Primera Adenda conforme a la modificación llevada a cabo por la Segunda Adenda desde el momento en que la DI de la CNC acuerde proponer al Consejo la terminación convencional del expediente, y ii) ORONA informará a la DI sobre el cumplimiento de estos compromisos en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de la Resolución que acuerde la terminación convencional del expediente de referencia.

Teniendo en cuenta los indicios de infracción que motivaron la incoación del expediente sancionador, así como las observaciones formuladas por OMEGA, la DI valoró que los compromisos de comportamiento presentados por ORONA no eran totalmente adecuados para resolver aquellos problemas de competencia conforme a lo dispuesto por el art. 52 de la LDC. Por ello, la DI propuso a ORONA la introducción de determinadas matizaciones en su propuesta de compromisos. En concreto, la DI consideró adecuado restablecer la relación de acciones publicitarias específicas desarrolladas por OMEGA, que aparecían permitidas en la Primera Adenda y que se había omitido en el texto de esa primera propuesta de compromisos. Así mismo, por lo que respecta a seguir manteniendo en el texto de la adenda el apartado referente a que OMEGA pudiese seguir comercializando repuestos de aparatos ya instalados mediante operaciones de ventas pasivas, la DI no lo ha considerado necesario ni relevante, ya que la comercialización de repuestos quedaría englobada dentro las actividades comerciales que podría desarrollar OMEGA, sin ningún tipo de restricciones, en el segmento del mercado mayorista no afectado por la operación de concentración.

Con este fin, y para evitar ulteriores interpretaciones equívocas y futuros conflictos, la DI propuso a ORONA la inclusión en el texto de la Segunda Adenda las matizaciones que se indican a continuación:

- *En el apartado 2º de la Cláusula 2 “Alcance de los Pactos de no competencia”, donde dice “la realización de publicidad directa (...) de aparatos elevadores a promotores (...)” debe decir “la realización de publicidad directa (...) de aparatos elevadores a promotores **con instalación** (...)”.*
- *Debe incluirse para esa Cláusula 2 “Alcance de los Pactos de no competencia” una definición expresa de “promotor con instalación” como aquél que desarrollaría su actividad en el mercado minorista de aparatos elevadores contratando con el fabricante no solo el material sino también la instalación, por no contar con una unidad propia de actividad encargada de la instalación de aparatos elevadores en los inmuebles cuya edificación está acometiendo.*
- *Supresión de la expresión “entre otras” que aparece en la parte final del primer párrafo de la Cláusula 2 “Alcance de los Pactos de no competencia” correspondientes al borrador de la segunda adenda modificativa al Convenio Marco, y aportada como anexo a la propuesta de compromisos.*
- *Deben incluirse nuevamente también en el apartado 2º de la Cláusula 2 “Alcance de los Pactos de no competencia” los supuestos de posibles acciones publicitarias a*

realizar por OMEGA tal y como venían redactadas en la Adenda de 14 de abril de 2010. Por tanto, a continuación del párrafo que dice “La realización de publicidad directa (...) y comunidades de vecinos” debe incluirse lo siguiente: “distinta de:

- (ii) La campaña de publicidad con vigencia hasta julio de 2011 en la revista Euro Bask y el globo aerostático en el Buesa Arena, sin perjuicio de que Omega Elevator se compromete a intentar que dicha campaña no se realice en la temporada 2010- 2011*
 - (iii) La campaña publicitaria en el estadio de Mendizorroza, consistente en la publicidad estática en las vallas del terreno de juego*
 - (iv) La campaña publicitaria contratada con Canal Gasteiz, mientras se realizan las cuestiones necesarias para su cese inmediato.”*
- *Con el fin de aclarar el alcance limitado de la publicidad en el mercado mayorista que pudiera llegar a clientes en el mercado minorista, se deberá aclarar en el apartado 2º de la Cláusula 2 “Alcance de los Pactos de no competencia” que las acciones publicitarias que lleve a cabo OMEGA irán dirigidas a operadores del mercado mayorista, sin que, en ningún caso, pueda atender demandas de clientes finales en el mercado minorista que hayan podido tener acceso a las mismas, garantizando con ello la plena efectividad de los pactos de no competencia.*

La propuesta de la DI de introducir en la Segunda Adenda la noción de promotor “con instalación” obedece a que, frente a la opinión de ORONA de que los promotores pertenecen a la categoría de clientes finales y no pueden ser caracterizados como mayoristas, para la DI debe tenerse presente la posible naturaleza dual del promotor como agente que operaría tanto en el mercado minorista de aparatos elevadores como en el mayorista, y con objeto de evitar interpretaciones inadecuadas del término, propuso la inclusión de la definición del término “promotor con instalación” para referirse al promotor que opera en el mercado minorista y que solicita, conjuntamente, la adquisición e instalación del aparato junto con su mantenimiento posterior.

ORONA aceptó estas matizaciones propuestas por la DI y OMEGA prestó su conformidad. Por ello, con fecha 8 de junio de 2011, ambas empresas presentaron conjuntamente la propuesta final de compromisos cuyo resumen ha sido reproducido en el HP 8 de esta Resolución, y que la DI ha valorado como adecuados en los términos del art. 52 de la LDC en su Propuesta de terminación convencional elevada al Consejo.

Tercero.- Adecuación de la propuesta final de compromisos

La terminación convencional de un expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas, por contraposición al pronunciamiento expreso por parte del Consejo sobre el fondo del asunto, es una forma atípica de finalización del expediente, en la que la CNC resuelve poner fin al procedimiento sancionador haciendo vinculantes unos compromisos ofrecidos voluntariamente por el autor o autores de la presunta conducta anticompetitiva, pues la resolución de terminación convencional no se pronuncia necesariamente sobre la acreditación o existencia de la infracción que motivó la incoación del expediente sancionador.

El Consejo considera que el objeto de la terminación convencional es doble. Por un lado, a través de este instrumento, la Autoridad de competencia busca lograr un restablecimiento rápido de las condiciones de competencia que se han puesto en riesgo con las conductas restrictivas detectadas, mediante unos compromisos que resuelvan adecuadamente los problemas de competencia o eliminen las restricciones de competencia injustificadas, salvaguardando el bienestar de los consumidores y el interés público. Por otro lado, permite a aquélla cumplir con el principio de eficacia administrativa que debe presidir la actuación de cualquier Administración Pública, posibilitando una utilización más adecuada de los recursos de la CNC, al facilitar una reducción de los trámites de instrucción y un acortamiento de los plazos de resolución del expediente sancionador en el que se acuerda la terminación convencional.

El cumplimiento de este objetivo de orden público económico –poner un pronto remedio a conductas anticompetitivas con un uso eficiente de los recursos disponibles- hace que, con carácter general, la terminación convencional de los expedientes sancionadores sea más factible cuanto antes se presenten los compromisos en la fase de instrucción de los mismos.

En consideración a lo expuesto, el Consejo coincide con la DI en que, tanto por el momento procedimental en que fueron presentados los compromisos, como por su naturaleza y contenido, así como por su pronta entrada en vigor, los compromisos finales presentados por ORONA y OMEGA satisfacen los requisitos que establece el art. 52 de la LDC para la terminación convencional del expediente sancionador de referencia.

En cuanto al factor temporal, ORONA presentó la solicitud de inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional acompañando una propuesta de compromisos una vez incoado el expediente y antes de que la DI formulase el pliego de concreción de hechos del art. 33 del RDC. Es decir, en los primeros trámites de la fase de instrucción del expediente y en todo caso antes de que el instructor se hubiese formado la convicción fundada de la existencia de una infracción del art. 1 de la LDC, que motivase la formulación de un Pliego de Concreción de Hechos con imputación.

Esta pronta presentación de compromisos ha permitido, además, reducir sustancialmente la duración en el tiempo de los eventuales efectos restrictivos en el mercado de fabricación y venta mayorista de aparatos elevadores derivados de la firma de la Primera Adenda al Convenio Marco de 14 de abril de 2010, que la DI juzga incluso inapreciables o inexistentes, en atención particularmente a las circunstancias siguientes:

- OMEGA no efectuaba ventas mayoristas en los territorios afectados con anterioridad a la entrada en vigor de la Adenda.
- OMEGA carecía de incentivos para construir una cartera de clientes mayoristas en los territorios afectados.
- ORONA no ha adquirido nuevos clientes mayoristas en los territorios afectados que hubiesen sido anteriormente de OMEGA.
- La aplicación de la Primera Adenda ha sido de escasa duración.

El Consejo coincide con la DI en apreciar que la Primera Adenda no ha llegado a desplegar efectos relevantes en el mercado mayorista de fabricación y venta de ascensores. Y que

incluso los propios términos de la Primera Adenda permitirían minimizar esos posibles efectos ya que: i) el mercado geográfico afectado por la adenda de 14 de abril es un mercado muy pequeño y con poco volumen de negocio en el segmento de ventas mayoristas, ii) se permitió a OMEGA efectuar ventas pasivas de repuestos a solicitud de clientes existentes en los territorios afectados por la Primera Adenda, por lo que ha seguido estando activo, al menos, en ventas pasivas de repuestos y iii) se permitió a OMEGA continuar durante el periodo de vigencia de los pactos de no competencia con la actividad de instalación de elevadores en edificios en rehabilitación, actividad que forma parte del mercado minorista, en [...]

Es cierto que OMEGA señala que la firma de la Primera Adenda le ha impedido poder [...]. Ahora bien, OMEGA no ha acreditado documentalmente ningún caso de operación comercial firme que no haya podido concluir en virtud de la aplicación de la cláusula 2ª de esa Primera Adenda, por lo que tal aseveración podría entenderse referida más a la imposibilidad de poder satisfacer demandas de clientes potenciales que a la pérdida una cartera existente de clientes en los territorios afectados por la adenda. Además, se trataría de ventas pasivas, no motivadas por la actividad del equipo comercial de la propia mercantil.

El único caso suficientemente acreditado es el referente a la sociedad Vigum Ascensores SL, con sede social en Vitoria (Álava) y cuyo objeto social y actividad económica es la instalación de aparatos elevadores. En su escrito, remitido a la DI, señala que: i) esta sociedad solicitó a OMEGA oferta de suministro de ascensores para [...] ii) que recibió de OMEGA cotizaciones diferentes para el proyecto de instalación, iii) que les fue adjudicado el proyecto de instalación por parte del cliente, iv) que con fecha 23 de febrero de 2010 OMEGA les envió confirmación de “pedido en firme”, y que v) [...] (folios 434 y 435). Con todo, siendo el único del que se tiene constancia en el expediente, procede resaltar que ocurrió antes de la firma de la Primera Adenda, por lo que no puede considerarse, *strictu sensu*, como consecuencia directa de la aplicación de la misma.

En cuanto a su naturaleza y contenido, los compromisos recogidos en la propuesta de ORONA y OMEGA presentada el 8 de junio de 2011, el Consejo considera que permiten remover los posibles efectos en la competencia en el mercado de fabricación y venta mayorista de aparatos elevadores en los territorios afectados por la Adenda. En primer lugar, mediante la limitación del alcance de los pactos de no competencia de la cláusula octava de los contratos del Convenio Marco al ámbito del segmento minorista (venta e instalación de aparatos elevadores) que era el mercado afectado por la operación de concentración C/0150/09 ORONA/OMEGA y, por tanto, cubierto por la restricción accesoria. En segundo lugar, en tanto que expresamente permiten las acciones publicitarias de OMEGA dirigidas a operadores en el mercado mayorista contribuye a potenciar de manera eficaz sus ventas en ese segmento de mercado.

Tal limitación se realiza modificando la redacción del punto 2 de la Primera Adenda en el sentido de limitar el alcance de los pactos de no competencia a las actividades de venta, instalación, montaje y /o mantenimiento de aparatos elevadores a clientes finales (promotores con instalación y propietarios de inmuebles y comunidades de vecinos), siendo lo mismo respecto a la publicidad directa de las actividades de venta, instalación, montaje y/o

mantenimiento de aparatos elevadores. En tal sentido, ORONA y OMEGA definen “promotor con instalación” en su propuesta final de compromisos como aquel que desarrolla su actividad en el mercado minorista de aparatos elevadores contratando con el fabricante no sólo el material, sino también la instalación, por no contar con un unidad propia de actividad encargada de la instalación de aparatos elevadores en los inmuebles cuya edificación está acometiendo (folio 649).

Por tanto, y a sensu contrario, se elimina toda limitación a que OMEGA pueda operar comercialmente en el mercado mayorista de ascensores, así como la posibilidad de realizar campañas promocionales de sus productos a través de acciones publicitarias, siempre que se dirija a operadores económicos del mercado mayorista. Igualmente se elimina la referencia al permiso de realizar ventas pasivas como suministrador de repuestos y piezas de recambio, tal y como aparecía en la primera adenda, por su carácter redundante e innecesario, ya que se trataría de operaciones comerciales realizadas en el mercado mayorista para las que no sería necesaria una autorización especial contemplada formalmente en la adenda.

En cuanto a los compromisos relativos a la publicidad de los mismos, tanto por los envíos de cartas personalizadas a operadores mayoristas de los territorios afectados por la adenda de 14 de julio de 2010 y los términos en los que está redactada en el anexo 2º, como por el alcance del anuncio que se insertaría en dos periódicos, uno local y otro nacional, con amplia difusión, en todo caso, en los territorios afectados por la adenda, se consideran adecuados para restablecer los posibles efectos restrictivos generados por la Primera Adenda. En estos compromisos de publicidad, en el término “instaladores” se entienden comprendidos los promotores que no son “promotores con instalación” tal como están definidos en la propuesta de compromisos.

Por último, los compromisos adicionales presentados por las partes. Por un lado, han permitido que los compromisos relativos a la firma de la segunda Adenda hayan desplegado sus efectos desde el mismo día en que la DI acordó proponer al Consejo la terminación convencional del expediente. Por tanto, este compromiso adicional ha contribuido sustancialmente a restaurar con prontitud la competencia en el mercado mayorista de fabricación y venta de aparatos elevadores. Por otro lado, el compromiso de ORONA de información a la Dirección de Investigación sobre la evolución en la adopción de los compromisos, se considera por el Consejo suficiente para verificar que los restantes compromisos se cumplen adecuadamente, sin perjuicio de las facultades de vigilancia de las Resoluciones del Consejo que la Ley otorga a la Dirección de Investigación.

En definitiva, el Consejo juzga que los compromisos definitivos presentados por las partes resuelven adecuadamente los potenciales efectos restrictivos que pudieran derivarse del contrato objeto de este expediente sancionador y garantizan suficientemente el interés público.

En mérito a cuanto antecede, vistos los preceptos legales y reglamentarios citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

HA RESUELTO

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

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

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

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