

RESOLUCION

(Expte. S/0345/11 Criadores de Caballos)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA:

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 17 de julio de 2014.

La Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), ha dictado esta Resolución en el expediente S/345/11, incoado, contra la Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Pura Raza Española (ANCCE), por la Dirección de Competencia con fecha 29 de noviembre de 2012, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, de conformidad con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y por el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 10 de mayo de 2011 tuvo entrada en la Dirección de Investigación (DI) de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) denuncia de MELPI S.L. contra la Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Pura Raza Española (ANCCE), por posibles conductas restrictivas de la competencia tendentes a impedir la contratación de MELPI en el mercado de Secretarías Técnicas (ST) de Concursos Morfológico-funcionales (CMF) de los caballos de Pura Raza Española (PRE) y a desacreditar a otras entidades sectoriales. Según la denunciante dichas conductas serían contrarias a los artículos 1, 2 y 3 de la LDC.

Con fechas 17 y 20 de mayo y 10 de junio de 2011, MELPI aportó información adicional relativa a las conductas denunciadas.

2. Con fecha 2 de agosto de 2011 se requirió a la ANCCE para que aportara determinada información relativa a la elaboración de los Reglamentos de los

concursos morfológicos (RCM), los requisitos y procedimientos para la homologación de Secretarías Técnicas (ST) y programas informáticos, así como los motivos de la exclusión de MELPI de la prestación de servicios de ST en los CMF. Con fecha 24 de agosto de 2011 tuvo entrada su contestación, completada el 15 de septiembre a requerimiento de la DI.

3. Con fecha 16 de diciembre de 2011 se enviaron requerimientos de información a la Subdirección General de Conservación de Recursos y Alimentación Animal del antiguo MARM (actual MAGRAMA), a MELPI y a la ANCCE.
4. El 22 de febrero de 2012 tuvo entrada en la DI escrito de MELPI en el que aporta información adicional sobre las conductas denunciadas.
5. Con fecha 18 de mayo de 2012 la DI elevó al Consejo de la CNC, de conformidad con lo establecido en el art. 49.3 de la LDC, Propuesta de archivo de las actuaciones seguidas en el expediente S/0345/11.
6. Mediante Acuerdo de 17 de octubre de 2012, el Consejo de la CNC interesó de la DI la incoación de expediente sancionador contra la ANCCE por una posible infracción del artículo 2 de la LDC relacionada con el procedimiento de homologación de ST para los CMF, y acordó el archivo de las actuaciones con respecto al resto de las conductas analizadas por entender que no existían en ellas indicios de infracción.
7. El 29 de noviembre de 2012 la DI acordó la incoación de expediente sancionador contra la ANCCE por conductas prohibidas por el artículo 2 de la LDC, consistentes en la introducción en el RCM 2011 de unos criterios para la homologación de ST que podrían constituir un instrumento para obstaculizar la competencia en los mercados conexos al de la gestión del LGPRE y reforzar la posición de la ANCCE en dichos mercados, elevando las barreras a la entrada.
8. El 7 de diciembre de 2012 MELPI solicitó la adopción de medidas cautelares consistentes en (i) ordenar la suspensión cautelar de los requisitos recogidos en el artículo 23.1 del RCM 2011; (ii) instar a la ANCCE a incluir a MELPI en el listado de ST homologadas para los concursos de 2013, comunicándolo a los comités organizadores; y (iii) intimar a ANCCE a cesar en las conductas tendentes a impedir la contratación de MELPI o de personas vinculadas a ella por los Comités Organizadores (CO) de CMF.
9. Tras la preceptiva propuesta elevada por la DI, el Consejo de la CNC dictó Resolución de 24 de enero de 2013 (expte. MC/007/12 CRIADORES DE CABALLOS), intimando a la ANCCE a (i) ordenar la suspensión cautelar de la modificación del RCM 2011 en lo referente a los requisitos del artículo 23.1 exigidos a las ST, y (ii) dar respuesta en un plazo de 15 días a todas las solicitudes que se formulen para formar parte del listado de ST homologadas para los CMF, motivando en su caso la denegación de forma objetiva y no

discriminatoria.

10. El 22 de enero de 2013 la DI requirió a la ANCCE nueva información relativa a la modificación del artículo 23.1 del RCM 2011 y a la decisión de excluir a MELPI de las ST de los CMF, así como información relativa al mercado de ST y a la actividad de la ANCCE en los mercados de promoción del PRE. La respuesta de la ANCCE tuvo entrada el 5 de febrero de 2013.
11. Con fecha 26 de febrero de 2013 tuvo entrada nueva denuncia de MELPI relacionada con los hechos objeto del expediente, solicitando su acumulación al mismo. Los nuevos hechos denunciados se refieren a la incorporación en el nuevo formato de CMF de 2013 de la obligación impuesta a los CO de concursos internacionales de proporcionar imágenes de los mismos a ANCCE y al hecho de que ANCCE proporcionase a todos los CO su programa informático. En este escrito MELPI denunciaba asimismo el incumplimiento por ANCCE de las medidas cautelares acordadas por el Consejo de la CNC en su Resolución de 24 de enero de 2013¹.
12. El 14 y 15 de marzo de 2013 MELPI remitió a la DI dos cartas. La primera de ellas se trataba de una copia de la carta enviada a la ANCCE con fecha 13 de marzo en la que denunciaba que el RCM 2013 y, en particular, su artículo 19. La segunda exponía las medidas llevadas a cabo por la ANCCE para hacer efectiva la aplicación del artículo 19 del RCM 2013 en el concurso de Torrepacheco.
13. El 21 de marzo de 2013 MELPI remitió información adicional y complementaria a sus escritos de febrero y marzo, denunciando la obligación impuesta a las ST en virtud del artículo 19 del RCM 2013 de suministrar los datos de los concursos on-line a la web de la ANCCE. Asimismo, MELPI solicitó la adopción de nuevas medidas cautelares consistentes en requerir a la ANCCE para que: (i) no aplique el artículo 19 y (ii) deje sin efecto cualquier medida del RCM que limite la libre competencia.
14. Con fecha 1 de abril de 2013 tuvo entrada en la DI escrito de la ANCCE dando traslado de su contestación a la carta de MELPI de 13 de marzo, en la que expone que la obligación contenida en el artículo 19 no supone la imposición de utilizar de manera exclusiva y excluyente su programa, y que esta obligación responde a los requerimientos del RD 2129/2008, de 26 de diciembre, por el que se establece el Programa nacional de conservación, mejora y fomento de las razas ganaderas.

¹ Con fecha 13 de junio de 2013 el Consejo de la CNC ha resuelto declarar el incumplimiento de las medidas cautelares impuestas a la ANCCE mediante su Resolución de 24 de enero en el expediente MC/0007/12, CRIADORES DE CABALLOS, como pieza separada del expediente sancionador S/0345/11, e interesar de la Dirección de Investigación la incoación de expediente sancionador por este incumplimiento.

15. El 30 de abril de 2013 se requirió a la ANCCE para que aportara información relativa al nuevo formato de CMF, y, en particular, a la justificación y contenido de la obligación de publicar los resultados on-line, introducida en el artículo 19 del RCM 2013. La contestación de la ANCCE tuvo entrada con fecha 14 de mayo de 2013.
16. Con fecha 27 de mayo de 2013 se formularon nuevos requerimientos de información dirigidos a MELPI y a ANCCE, relativos a la cesión de imágenes tomadas en los CMF y la utilización del programa suministrado por la Asociación. Igualmente, se requirió a la ANCCE información relativa a la actividad de las Secretarías Técnicas en los años 2011 y 2013. Sus contestaciones tuvieron entrada respectivamente el 4 y el 10 de junio de 2013.
17. El 12 de junio de 2013 se acordó ampliar la incoación del expediente a una posible infracción del artículo 102 del TFUE. Asimismo se amplió la incoación a las últimas modificaciones de la normativa de CMF del año 2013, que imponían determinadas obligaciones a CO y ST –en particular, la de ceder a la ANCCE las imágenes de los concursos y la de publicar los resultados online en la web www.concursosancce.com-, considerando que podrían igualmente constituir una infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE, notificándose el acuerdo a los interesados.
18. El 4 de julio de 2013, de acuerdo con el artículo 50.3 LDC, la DI formuló el Pliego de concreción de hechos (PCH), siendo notificado a MELPI y la ANCCE el 5 de julio de 2013 y recibiendo sus alegaciones el 23 de julio y 2 de agosto, respectivamente.
19. Con fecha 19 de septiembre de 2013 se notificó a las partes interesadas el cierre de la fase de instrucción.
20. Por Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en la cual se integran las actividades y funciones de la CNC, en virtud de lo previsto en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
21. El 4 de noviembre de 2013, la Dirección de Competencia (DC) de la nueva CNMC dictó Propuesta de Resolución (PR), proponiendo que se declarara la existencia de conductas prohibidas por los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE. Las alegaciones a la PR fueron recibidas con fecha 22 (MELPI) y 25 de noviembre de 2013 (ANCCE).
22. Con fecha de 28 de noviembre de 2013 la Dirección de Competencia, elevó al Consejo un Informe Propuesta.

23. El 1 de abril de 2014, MELPI reiteró la adopción de las medidas cautelares solicitadas en su escrito de 21 de enero de 2014.
24. Con fecha 3 de abril de 2014 el Consejo de la Sala de Competencia dictó Acuerdo de requerimiento de información a la ANCCE sobre su volumen de negocios total correspondiente al ejercicio 2013, suspendiéndose el plazo máximo para resolver el procedimiento. La contestación de ANCCE tuvo entrada el 23 de abril de 2014. El 25 de abril de 2014 el Consejo de la CNMC dictó Acuerdo de levantamiento de la suspensión del plazo de resolución.
25. Con fecha 30 de abril de 2014 el Consejo de la CNMC dictó Resolución en el expediente MC/DC/0001/14 por la que se desestimaban las medidas cautelares propuestas por MELPI en su escrito de 21 de enero.
26. El 28 de mayo de 2014 el Consejo de la CNMC acordó la remisión a la Comisión Europea de información relativa a este expediente en función de lo dispuesto en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado. Igualmente, acordó la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento en virtud de lo dispuesto en el artículo 37.2.c) LDC. Con fecha 30 de junio de 2014 se levantó la citada suspensión.
27. El Consejo de la CNMC deliberó y falló esta Resolución en su reunión de 17 de julio de 2014.
28. Son interesados:
 - MELPI, S.L.
 - ASOCIACIÓN NACIONAL DE CRIADORES DE CABALLOS DE PURA RAZA ESPAÑOLA (ANCCE).

HECHOS PROBADOS

Durante las fases de instrucción y de resolución ante el Consejo del presente expediente se han conocido los hechos que el Consejo considera relevantes para la acreditación y valoración de la conducta imputada por la DC en su PR al Consejo, y que figuran a continuación.

I. SOBRE LAS PARTES INTERESADAS

Son partes interesadas en este expediente sancionador, según la PR, las siguientes:

“MELPI S.L. (Denunciante)- Es una empresa informática española, con domicilio en Tomares (Sevilla), dedicada al desarrollo de software para la gestión de ganaderías, en particular del toro de lidia (programa BRAVA) y del caballo PRE (programa GESCAB), con implantación no sólo en España sino también en Europa y América.

MELPI desarrolla actividades informáticas, comerciales y de promoción relacionadas con el caballo de Pura Raza Española (PRE), y comercializa, entre otros, los siguientes productos y servicios:

- Servicios de Secretaría Técnica en los Concursos Morfológico Funcionales (CMF) valederos para el Campeonato de España de caballos de Pura Raza Española (PRE). MELPI ha desarrollado una herramienta informática propia para la prestación de estos servicios.
- Software para la gestión de ganaderías de caballos PRE integrado con la base de datos elaborada por MELPI en sus 16 años de actividad mercantil. (GESCAB, además de facilitar la planificación de toda la actividad ganadera (controles veterinarios, nutrición, reproducción, participación en concursos, etc.), permite acceder a una amplia base de datos de caballos de Pura Raza Española (PRE). La utilidad de este tipo de bases de datos para el ganadero radica en que permiten conocer la genealogía y desempeño en concursos de los diferentes ejemplares, información muy útil a la hora de seleccionar sementales y yeguas para la reproducción. Asimismo, suponen una plataforma para promocionar la propia ganadería entre los posibles compradores).
- Promoción del caballo de PRE a través de una serie de páginas web, como www.gescabonline.com y www.melpi.tv. En estas páginas se pueden seguir los concursos en directo y consultar los resultados de los mismos, así como acceder a la base de datos de MELPI.

ASOCIACIÓN NACIONAL DE CRIADORES DE CABALLOS DE PURA RAZA ESPAÑOLA (ANCCE), (Denunciada)- La ANCCE es una asociación de ganaderos y criadores de caballos de Pura Raza Española (PRE), que se rige por sus Estatutos y por la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, y demás disposiciones legales vigentes. Su objeto es la representación y defensa de los ganaderos y criadores de caballos de PRE, y del sector económico y social donde desarrollan su actividad, así como el fomento, la promoción y la preservación de la raza. (Información extraída de la página web de la ANCCE: <http://www.ancce.es/index.php>.)

Desde el 1 de enero de 2007 la ANCCE tiene encomendada la gestión del Libro Genealógico del PRE (LGPPE), primero en régimen de concesión administrativa y, posteriormente, a través de un reconocimiento oficial.

Entre sus competencias como asociación oficialmente reconocida para la gestión del LGPRE, está la organización y desarrollo de los concursos morfológicos (CMF) y la elaboración de los reglamentos de los mismos.

ANCCE también está presente en los mercados de promoción del PRE: comercializa un programa de gestión de caballerías integrado con su base de datos (Agenda Ganadera²) y es titular de los sitios web www.ancce.es, www.sicab.org y www.sicab.tv, en los cuales se puede consultar información relativa a los CMF así como acceder a imágenes de los mismos.”

II. SOBRE LOS MERCADOS AFECTADOS

Las conductas analizadas en el presente expediente se desarrollan en una pluralidad de mercados, todos ellos vinculados con actividades económicas relacionadas con los caballos de PRE. Dos de dichos mercados -el mercado de gestión del LGPRE y el de reglamentación y ordenación de los CMF- se encuentran aguas arriba e inciden sobre la actividad de los otros mercados descendentes: el mercado de servicios de ST de los CMF y el mercado de promoción del PRE.

• El mercado de gestión del LGPRE

El caballo de PRE es la raza equina más extendida en España, distribuyéndose por todas sus Comunidades Autónomas y estando presente en 62 países, tanto en la Unión Europea como en Terceros Países.

Un Libro Genealógico es cualquier libro, registro, fichero o sistema informático, llevado por una organización o asociación autorizada o reconocida oficialmente al menos por un Estado miembro o por un servicio oficial de un Estado miembro, y en el que se inscriban o registren los équidos haciendo mención de todos sus ascendientes conocidos. También suele incluirse información que hace referencia al criador y propietario y al propio animal (color de la capa, medidas zoométricas, etc.). El LGPRE es el registro público, propiedad del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, en el que se recogen los datos genealógicos de los ejemplares de équidos de PRE, así como de sus ascendientes y descendientes.

² ANCCE explica que la gestión del LG le permite acceder a una base de datos que contiene los datos personales de cada ganadero así como toda la información relacionada con su ganadería. Con el fin de prestar el mejor servicio a sus asociados, ANCCE ha incorporado en “Agenda Ganadera” todo este caudal informativo. El usuario puede conectarse a través de Agenda Ganadera a la base de datos del LG actualizada y planificar prácticamente todas sus funciones ganaderas. A los ganaderos no asociados a la ANCCE se les vende a un coste de 50 € por agenda (folios 264 y 265).

Hasta 2007, el Fondo de Explotación de los Servicios de Cría Caballar y Remonta (FESCCR), organismo dependiente del Ministerio de Defensa, era el encargado de la gestión del LGPRE. Desde el 1 de enero de 2007 esta función corresponde a la ANCCE, primero en régimen de concesión administrativa (mediante Resolución de la DG de Ganadería del antiguo MAPA³ de 1 de marzo de 2006, de conformidad con la DA Primera del RD 1133/2002, de 31 de octubre, que regula en el ámbito de las razas equinas, el régimen jurídico de los Libros Genealógicos, las asociaciones de criadores y las características zootécnicas de las distintas razas) y, después, a través de un reconocimiento oficial (mediante Resolución de la DG de Ganadería del antiguo MAPA de 11 de diciembre de 2007, de conformidad con el cambio normativo producido por la entrada en vigor del RD 662/2007 sobre Selección y Reproducción de Ganado Equino de Razas Puras).

Tanto la normativa española como la comunitaria permiten que la autorización para la gestión del LGPRE pueda efectuarse a más de una asociación. Sin embargo, en España hasta la fecha sólo se ha autorizado a la ANCCE para gestionar el registro oficial de caballos PRE, ya que el MAGRAMA denegó el reconocimiento de una segunda asociación (UCCE).

- **El mercado de reglamentación y ordenación de los CMF**

Los CMF son concentraciones de caballos PRE a las que acuden los ganaderos especializados en dicha raza y en las que un jurado determina los ejemplares que reúnen las condiciones morfológicas y funcionales que más se ajustan a las bondades ideales de la raza.

Hasta 2007, el FESCCR aprobaba y editaba anualmente un Calendario Oficial de CMF, designándose un organizador cada año entre diferentes candidatos. Sólo los resultados de los concursos que figuraban en él pasaban al Libro de Méritos de la Raza. Las normas que regían estos concursos eran publicadas en el BOE anualmente. En relación a la ST, la Resolución 78/2005 disponía que el CO debía disponer de una ST a la que correspondía confeccionar las listas de cada Sección, las fichas individuales de los ejemplares, las listas de resultados, recibir del Presidente del Jurado Clasificados las fichas de calificación correspondientes firmadas por los jueces, y confeccionar las Actas y remitirlas junto con las fichas de calificación al FESCCR en el plazo máximo de 15 días hábiles desde la finalización del CMF.

De forma paralela a estos CMF, entre 1990 y 2004, se celebró el Campeonato de España ANCCE, que se desarrollaba según sus propias normas de organización y al margen del FESCCR y constaba de varios concursos a lo largo del año por toda la geografía nacional. La final se disputaba en noviembre en el marco del

³ Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

Salón Internacional del Caballo de Pura Raza Española (SICAB), feria monográfica dedicada al PRE celebrada en Sevilla desde 1990.

En 2004 se integraron el calendario oficial de CMF y el Campeonato de España en un mismo Reglamento aprobado por el FESCCR y publicado en el BOE (Resolución 78/2005, de 27 de abril). Así, durante todo el año se realizan CMF dentro y fuera de España en los que los caballos son juzgados por sexo y edad, valorando su morfología y funcionalidad. Los ganadores de estos concursos quedan clasificados para la final del Campeonato de España-SICAB, que se disputa en noviembre en Sevilla.

En la regulación actual redactada por ANCCE se indica que “ANCCE será siempre el organizador del Campeonato de España”. En este sentido, el antiguo MARM señala en relación a la normativa vigente que rige los CMF que *“la organización y el desarrollo de los concursos morfológicos (CMF) y la elaboración de sus reglamentos (RCM) son competencia de las asociaciones de criadores reconocidas para la gestión de las razas, en este caso de ANCCE”* (folio 398) y que *“los CMF deben ser considerados como una actividad privada de las asociaciones de criadores cuyo reglamento no requiere de la aprobación por parte del MARM ni de su publicación en el BOE”* (folio 403).

La ANCCE es, por tanto, la única asociación con capacidad para organizar el desarrollo y normativa de los CMF, por lo que elabora y publica en su página web el RCM. En los últimos años, la ANCCE ha publicado varios RCM: 2008, 2009, 2010, 2011 (también en vigor en 2012) y 2013. Estos RCM son de obligado cumplimiento para todos los CMF de caballos PRE celebrados tanto en España como en el extranjero.

Hasta el año 2013, sólo los resultados de los CMF que figuraban en el calendario oficial -aprobado por ANCCE- y cumplían con su normativa, eran valederos para el Campeonato de España de Caballos y Yeguas PRE (artículo 4 del RCM de 2011, folio 1147). Para participar en la final del Campeonato de España era necesario haberse clasificado en alguno de los CMF del calendario oficial.

El RCM 2013 introdujo las siguientes modificaciones:

- Los CMF pierden su carácter de clasificatorios para la Final del Campeonato de España, que queda abierta a todos los criadores. De este modo, se puede acceder a la Final sin haber participado previamente en un CMF oficial. Con ello la ANCCE pretendía adecuarse a la coyuntura socioeconómica general, y del sector en particular, con la intención de que el ganadero no tuviera que soportar obligatoriamente una serie de gastos para poder participar en dicha Final.
- Se reducen las categorías de concursos a dos: nacionales e internacionales, y se obliga a los CO de los CMF internacionales a grabarlos, tomar fotografías y poner a disposición de la ANCCE todo este material gráfico.

- Se elimina la homologación de las ST: los CO pueden contratar a la persona física o entidad que consideren que reúnen las condiciones necesarias para gestionar los datos y resultados del concurso.
- Se elimina la referencia a la homologación de programas informáticos.
- Se obliga a las ST a publicar los resultados de los CMF en tiempo real en la página web de ANCCE www.concursosancce.com, para lo que la ANCCE pone a disposición de todos los CMF el programa que posibilita el seguimiento online de los resultados.

- **El mercado de servicios de Secretaría Técnica**

- Secretarías Técnicas. Requisitos exigidos hasta 2013

Entre la infraestructura necesaria para la celebración de un CMF con la que debían contar los CO, los RCM, a partir de 2009, recogían la necesidad de disponer en todos los casos de una *“secretaría del certamen, con programación homologada por ANCCE”* (artículo 12 del RCM, folios 1149 a 1151).

El artículo 23.2 del RCM del año 2011 enumeraba las siguientes funciones de la Secretaría del certamen (también artículo 21 del RCM 2009 y artículo 23 de los RCM 2010 y 2011-versión original-): (i) gestionar las inscripciones; (ii) confeccionar el listado de las distintas secciones con todos los animales participantes en ellas, y elaborar las fichas de las cobras (grupos de caballos) y las individuales, así como las fichas de morfología y funcionalidad; (iii) exponer los listados de todas las secciones y ganaderías que optan a premios; (iv) elaborar una lista de resultados con comparativa de los jueces al finalizar cada sección; (v) recibir del jurado las fichas de calificación correspondientes; (vi) procesar las calificaciones de los jueces para obtener las puntuaciones medias totales; (vii) confeccionar las Actas una vez finalizado el concurso y remitirlas a la ANCCE junto con las fichas de calificación; y (viii) enviar en formato electrónico los resultados a la ANCCE (folio 1158).

Aunque son los CO los que contratan a las ST, la ANCCE había establecido un procedimiento de homologación de ST, de modo que sólo se podían contratar aquéllas que hubieran acreditado reunir los requisitos exigidos por la ANCCE, entre ellos, disponer de un programa informático homologado.

El procedimiento de homologación de ST consistía en que los candidatos debían comunicar por escrito su interés a la ANCCE (por carta, fax o email), debiendo hacer constar que cumplían todas las condiciones y requisitos establecidos en el RCM (folio 254). Estos requisitos fueron modificados en 2011, añadiéndose requisitos adicionales y no afectando a las funciones atribuidas a las ST.

En cuanto a los plazos para que los interesados en prestar los servicios de ST presentaran su solicitud, la ANCCE señala que debían hacerlo antes de que

finalizara el plazo de admisión de las solicitudes de los organizadores de concursos integrados en el Campeonato de España, esto es, antes del 1 de diciembre de cada año. La homologación para actuar como Secretaría Técnica se prorrogaba de año en año, salvo que alguien fuera suspendido por incumplimiento reglamentario (folio 480).

- Programas informáticos homologados. Requisitos exigidos hasta 2013

ANCCE reconoce que, a pesar de la redacción de los RCM, no ha existido un procedimiento de homologación de los programas informáticos (folio 256).

Hasta enero de 2011 las ST utilizaron una amplia variedad de herramientas, desde las más sofisticadas -como el programa de MELPI- hasta otros sistemas más básicos, como documentos de Word y hojas de Excel (folios 257 y 483). La ANCCE no considera que el haber aceptado la utilización de estas herramientas informáticas en el pasado implicara que las mismas hayan sido homologadas. En particular, en relación al programa informático de MELPI, ANCCE señala que no le consta que éste haya sido homologado en el pasado dado que MELPI no lo presentó a dichos efectos (folio 257) y considera que un requisito para haber obtenido tal homologación habría sido la cesión a la ANCCE de su programa, lo que nunca hizo (folio 257).

A partir enero de 2011, la única herramienta informática considerada como homologada por la ANCCE para la prestación de servicios de ST fue la desarrollada por la propia ANCCE.

• **El mercado de promoción del PRE**

La promoción del PRE se lleva a cabo a través de unas bases de datos que ofrecen información sobre los ejemplares. Esta información se genera y registra fundamentalmente en dos ámbitos: (i) la relativa a los ascendientes, que se obtiene de los registros del LG, y (ii) la relativa a los méritos de los ejemplares, que se obtiene de las calificaciones y puntuaciones que les otorgan los jueces de los CMF (folio 517).

La prestación de servicios de ST en los CMF facilita el acceso inmediato a resultados e imágenes, por lo que la integración de esta información y de la contenida en el LG permite obtener bases de datos con un importante valor añadido, de gran utilidad en la gestión de caballerías (publicidad de los sementales y de los animales en venta y, en general, de las ganaderías, y selección de los mejores ejemplares para la reproducción) y además permiten el seguimiento de los concursos online.

MELPI está presente en el mercado de promoción del PRE desde 1994, a través de varias páginas web que incluyen información de los resultados de los concursos y una tecnología que permite ver en directo y online los concursos y

consultar los resultados. La página web desarrollada por MELPI www.gescabonline.com ha sido visitada en el periodo 2009-2010 desde 161 países, con un total de 894.868 visitas y 7.563.128 páginas visitadas⁴ (folios 2 y 10). MELPI ha desarrollado además el programa de gestión de caballerías Gescab 2000, que permite planificar para cada ejemplar toda la actividad ganadera (controles veterinarios, nutrición, cubriciones, concursos, etc.).

La ANCCE también está presente en el mercado de promoción del PRE a través de su página web www.ancce.es. Como organizadora del Campeonato de España, la ANCCE tiene acceso a los resultados de todos los CMF, que se pueden consultar en esta página, donde también se publicitan ejemplares en venta y ganaderías, con fotos e información básica. La zona privada de la web (para socios) permite acceder a los datos del LG y gestionar la publicidad de los ejemplares en venta. La ANCCE publica, además, la revista online “El caballo español”.

La página web de la ANCCE contiene, asimismo, vínculos a las páginas www.sicab.org y www.sicab.tv desde las que se puede obtener gratuitamente información e imágenes del Campeonato de España desde el año 2007.

La ANCCE ha desarrollado además un producto informático de gestión de ganaderías integrado con su base de datos (“Agenda Ganadera”) que distribuye gratuitamente entre sus asociados y que vende a los no asociados [a 50 euros por agenda (folio 264)]. *“El acceso a la agenda se materializa mediante la entrega de un CD que posibilita al usuario conectarse directamente a la base de datos del LG obteniendo de esta forma todos los datos registrales, completamente actualizados, de todos los ejemplares de PRE inscritos en el libro. El ganadero con el uso de este programa puede planificar prácticamente todas sus funciones ganaderas”* (folio 265).

La web de la ANCCE recibe una media de 35.000 visitas al mes, procedentes de más de 73 países. La web www.sicab.tv recibe una media de 5.000 visitas al mes (folios 10 y 115”).

De todas las empresas y asociaciones que prestan servicios de ST en los CMF en España, sólo MELPI y la ANCCE están presentes en los mercados de promoción del PRE a través de la comercialización de programas de gestión de caballerías y webs de consulta y/o seguimiento de los CMF y bases de datos (folios 1284 a 1285 y 1297). En México existe una empresa (Circuito Pre) que, según la información proporcionada por la ANCCE, en 2012 llevó una ST [la del certamen City of Industry, que se celebra en Los Ángeles y cuya ST llevó MELPI en 2010 (folios 977 y 1284)], y que gestiona una página web en la que publica resultados de los CMF, imágenes, información sobre ganaderías, noticias, etc., pero no comercializa software para gestión de ganaderías (folios 1285 y 1297 a 1298).

⁴ Datos de Google Analytics (folios 113 y 114).

Según MELPI, también hay algunas empresas que comercializan software que puede servir para la gestión de ganaderías pero que no tienen implantación en el ámbito del PRE ya que no aportan la base de datos genealógica, que es fundamental en esta raza, como crioequinesoftware y equinosoft (folios 1286 y 1287).

III. SOBRE LOS HECHOS ACREDITADOS

La DC, en su PR, considera acreditados los hechos que se transcriben a continuación:

- **Hasta diciembre de 2010**

- Servicios de ST de MELPI entre 1995 y 2010:

Entre 1995 y 2010 MELPI prestó ininterrumpidamente servicios de ST en certámenes ecuestres oficiales de PRE, incluidos CMF, utilizando herramientas informáticas desarrolladas por ella misma, y que fueron aceptadas por los sucesivos responsables del LGPRE al considerarse conformes a la normativa vigente en cada caso.

En el periodo 1995-2006, MELPI prestó servicios de ST tanto para los CMF organizados por el SICAB-Campeonato de España ANCCE [entre 1995 y 2007 (folios 139 a 160)] como para el FESCCR [en los años 2004 y 2005, fue contratada para el tratamiento y proceso de datos de los CMF de ámbito nacional (folios 577 y 578 y 586 y 587)].

En el periodo 2007-2010, MELPI continuó prestando servicios de ST en los CMF organizados bajo la supervisión de la ANCCE, utilizando su propio programa informático [en 2010, MELPI llevó la Secretaría de 19 CMF celebrados en España y de 1 celebrado en el extranjero (Missouri) (folios 119 a 138)].

Hasta la temporada 2009 ni el FESCCR ni la ANCCE exigieron que las ST dispusiesen de una herramienta informática homologada y los RCM se limitaban a señalar las funciones que estas ST debían desempeñar. El requisito de que la ST dispusiera de una “programación informática homologada por ANCCE” aparece por primera vez en el artículo 11 del RCM 2009 y se mantiene en el artículo 12 de los RCM 2010 y 2011. Los RCM vigentes hasta 2010 (incluido) no recogían ningún otro requisito exigible a las Secretarías Técnicas, limitándose a señalar las funciones que se encomendaban a las mismas.

- Otros servicios informáticos relacionados con el PRE prestados por MELPI:

Además de los servicios de ST, tanto el FESCCR como ANCCE contrataron con MELPI la provisión de otros servicios informáticos relacionados con el PRE.

El FESCCR suscribió un convenio de colaboración con MELPI en el año 2002 para, entre otras acciones, proporcionar al FESCCR una base de datos de trabajo, realizar actualizaciones de la base de datos definitiva y desarrollar y mantener la página web del Servicio (www.librogenealogico.com) (folios 571 a 574 y 579). En virtud de este convenio MELPI cedía el código fuente, así como formación y asesoramiento y podría obtener de la web del Servicio todos los datos públicos del LGPRE.

También la ANCCE contrató a MELPI en estos años para la prestación de diversos servicios: en 1995 le encargó un programa informático para la gestión de su Libro de Méritos (LIMPRES) (folio 537); posteriormente le encargaría una serie de desarrollos de esta herramienta (folios 551 a 555). Asimismo, en 2006 ANCCE encargó a MELPI el desarrollo de una herramienta informática para la gestión del LGPRE⁵.

- Actividades de MELPI en el mercado de promoción del PRE entre 1994-2010

Entre 1994 y 2010 MELPI desarrolló una serie de bases de datos y sitios web destinados al mercado de promoción del PRE, introduciendo en los mismos sucesivas innovaciones.

En 1994 MELPI puso en marcha Gescab, su primera base de datos con información genealógica de caballos PRE a partir de la información pública suministrada por el FESCCR e incorporando las puntuaciones de los concursos. En los años sucesivos fue introduciendo mejoras en el programa: desde 1996 publicaba en su web los resultados del Campeonato de España ANCCE; en 1998 permitía consultar online los resultados de todos los CMF por ella gestionados; en 1999 ofreció su base de datos en formato CD con fotos, vídeos y toda la información de los CMF; en 2000 fue pionera en asociar la información genealógica de los ejemplares con los resultados de los CMF y con fotografías. Desarrolló asimismo las bases de datos www.equuscenter.com (creada en 2011 y pionera en asociar genealogías, fotografías, vídeos y resultados de los CMF) y www.certamenesecuestres.com [primera base de datos patrocinada por una marca comercial –Telefónica- que contenía toda la información, fotos y resultados de los CMF (folio 575)] y el sitio web www.digitalpre.com donde se podía consultar cualquier ejemplar del LGPRE (folio 576).

Tras la cesión de la gestión del LGPRE a la ANCCE a partir de 2007, MELPI continuó introduciendo novedades en sus programas y servicios: en 2007 creó la web www.directopre.com en la que los aficionados pueden seguir en directo los concursos, consultar las bases de datos y realizar comentarios en tiempo real (folios 520 y 597), en 2008 puso en marcha Radiopre, que permite la retransmisión por radio de los CMF (folio 598) y modernizó su base de datos

5

www.gescabonline.com. En 2010 creó MelpiTv, primer portal de televisión online para el PRE (folio 599).

- Conflictos entre MELPI y la ANCCE:

A partir de 2007 la relación entre la ANCCE y MELPI se deterioró, dando lugar a varias disputas y confrontaciones comerciales, administrativas y judiciales.

Así en diciembre de 2007 la ANCCE procede a la resolución unilateral del contrato para el desarrollo de una herramienta informática para la gestión del LGPRE firmado con MELPI en 2006, justificando la misma en un supuesto incumplimiento contractual por parte de MELPI (folios 522 y 709). ANCCE y MELPI llevaron su disputa ante los Tribunales, siendo resuelta el 30 de septiembre de 2011, mediante sentencia 248/2011, en la que se desestiman en lo esencial las pretensiones de ambas partes (únicamente se le reconoce a la ANCCE el derecho a que se le devuelvan unos equipos informáticos), habiendo apelado ambas partes la sentencia (folios 484 y 699 a 754).

• **2011-2012**

Durante 2011 y 2012 la ANCCE desarrolló una serie de actuaciones que tuvieron como objeto la modificación de la regulación de las ST de los CMF en el RCM y la exigencia de determinados requisitos para el desempeño de las mismas, entre las que se encontraba la homologación de los programas informáticos empleados. Dichas actuaciones tuvieron como resultado la exclusión de MELPI del desempeño de las labores de ST que llevaba realizando durante los años anteriores.

- El 13 de enero de 2011, la ANCCE acordó modificar el artículo 23 del RCM

Con fecha 13 de enero de 2011, la Comisión de Control y Seguimiento de CMF acordó por unanimidad la modificación del artículo 23 del RCM, relativo a los requisitos que debían reunir las Secretarías Técnicas de los CMF (folio 989). La Comisión no publicó este acuerdo, de conformidad con el régimen interno de funcionamiento de la Comisión aprobado en la misma reunión que exige *“privacidad en los acuerdos de la Comisión”* (folio 988).

Sus conclusiones fueron sometidas al Comité Ejecutivo de la ANCCE, que ratificó la modificación del artículo 23 del RCM 2011 también con fecha 13 de enero de 2011 (folio 1025). El artículo 49.g) de los Estatutos de la ANCCE recoge, entre otras funciones del Comité ejecutivo, la de realizar reformas de reglamentos para someterlas a la aprobación de la Junta Directiva.

La ANCCE no comunicó ni a sus socios ni a los CO de CMF la modificación del artículo 23 del RCM (folio 975).

- A partir de enero de 2011 el único programa informático homologado por la ANCCE para la prestación de servicios de ST es el desarrollado por la propia Asociación

La ANCCE desarrolló, en colaboración con la empresa informática SADIEL, un programa informático específico para la gestión del Campeonato de España (folio 257) que, a partir de enero de 2011, fue el único homologado para los concursos que integran dicho Campeonato (folio 482).

La ANCCE no comercializó esta herramienta sino que lo cedía gratuitamente a las entidades y personas que, cumpliendo los requisitos establecidos en el RCM, manifestaran su interés en actuar y prestar sus servicios como ST (folio 256).

Sin embargo, dicha cesión gratuita no se hizo extensiva a MELPI cuando esta empresa solicitó ser homologada como ST durante 2011 (folios 108-112)

- Circular dirigida a los CO de CMF, excluyendo a MELPI como ST

El 7 de febrero de 2011 la ANCCE publicó en su página web una circular dirigida a los CO de CMF en la que informaba de que no homologarían los concursos en los que MELPI o cualquier persona vinculada a esta empresa actuara como ST o realizara cualquier otra actividad.

Esta circular, titulada “Decisiones tomadas con respecto a MELPI para el Campeonato de España de PRE”, justificaba esta decisión afirmando: “Ante las noticias aparecidas en los medios de comunicación ecuestres en estos últimos días, en los que se anuncia la implantación de “supuestos registros” para caballos españoles de España por parte del pre mundial a través de la empresa MELPI, la ANCCE quiere manifestar:

[...] dado que la empresa MELPI es la que brinda cobertura a este hecho, [...] ANCCE ha decidido excluir de cualquiera de sus actividades tanto a esta empresa como a toda persona vinculada a ella. Así, en el desarrollo del Campeonato de España ANCCE de Caballos y Yeguas de Pura Raza Española quedarán sin homologación aquellos concursos en los que la Secretaría Técnica o cualquier otra actividad concursal sea llevada a cabo por esta empresa o personas vinculadas a ella, que lo que está es fomentando la desunión sectorial y atacando las legítimas competencias de nuestra Asociación.

ANCCE publicará en los próximos días el listado de empresas y personas homologadas para ejercer la Secretaría Técnica de los concursos pertenecientes al Campeonato de España 2011, de acuerdo al Reglamento de Concursos publicado por esta asociación” (folio 91).

En esta circular no se hacía ninguna referencia ni a la modificación del artículo 23 del RCM ni a la obligación para las ST de utilizar el programa informático desarrollado por la ANCCE.

Esta misma circular fue reproducida en la revista oficial de la ANCCE “*El Caballo Español*”, de distribución mundial (folios 224 y 225), así como en el número 54 de la publicación especializada “*Pura Raza*”, correspondiente a los meses de enero-marzo 2011 (folios 222 y 223).

En el mes de marzo, la ANCCE publicó en su página web la lista de ST homologadas para 2011. Según la ANCCE, es así como MELPI tuvo conocimiento de su exclusión y explica que no se comunicó directamente a MELPI su exclusión porque la aplicación de las normas reglamentarias afectaba a los CO y por ese motivo fue a ellos a quienes se les comunicó (folios 975 y 976).

- Reunión de ANCCE con CO de CMF (febrero de 2011)

El 18 de febrero de 2011 la ANCCE se reunió con un grupo representativo de CO de CMF y, según consta en Acta, les comunicó su intención de proporcionarles un programa informático para la gestión de los concursos, así como la propuesta de reforma del artículo 23 del RCM que implicaba la exclusión de MELPI de las Secretarías Técnicas de los CMF. En dicha reunión la ANCCE comunicó a los CO (acudieron CO de 34 CMF de los 55 celebrados en 2011) su intención de proporcionarles el programa, explicó su funcionamiento y lo repartió a los asistentes (folios 1008 y 1009).

Igualmente, tal y como se recoge en el Acta, la ANCCE explicó las distintas modificaciones del RCM 2011 que habían sido propuestas, con especial atención a la que afectaba al artículo 23, afirmando que dicha modificación exigía una serie de condiciones que implicaban que MELPI no pudiera ejercer como ST en los concursos que se integraran en el Campeonato de España de 2011 (folio 1008).

Como reacción a esta reunión, varios CO cancelaron los acuerdos con MELPI para los CMF 2011 (folios 165 y 166).

La ANCCE, en contestación a la DC, explica que no se otorgó a MELPI opción de realizar alegaciones dado que incumplía el tenor literal del artículo 23 del RCM y que la determinación de la exclusión de MELPI fue adoptada por todos los órganos que aprobaron las modificaciones reglamentarias de 2011 (folio 976).

- Aprobación y entrada en vigor del RCM 2011:

Desde 2011, y también durante la tramitación del expediente y hasta las últimas alegaciones a la PR, la ANCCE ha formulado declaraciones contradictorias respecto a la aprobación, entrada en vigor y aplicación del RCM 2011.

Así, pese a que en el Acta de la reunión de 18 de febrero de 2011 con los CO de CMF la modificación del artículo 23 del RCM aparece reseñada como

“propuesta”, en su respuesta de 5 de febrero de 2013 ANCCE afirma que es el mismo día de esta reunión cuando la modificación del artículo 23 del RCM 2011 entró en vigor (folio 975).

No obstante lo anterior, el RCM 2011 disponía en su disposición derogatoria su entrada en vigor con la aprobación del Consejo de Dirección de la ANCCE, independientemente de haber sido ratificado por su Asamblea General y su carácter obligatorio en cuanto a su cumplimiento en todos los CMF celebrados en 2011, nacionales e internacionales (folio 1186).

A pesar de la redacción de esta disposición, entre los órganos de gobierno de la ANCCE no figuraba en el año 2011 un “Consejo de Dirección”. Los Estatutos de la Asociación, enumeran en su artículo 22 los siguientes 3 órganos de gobierno: (i) Asamblea General, (ii) Junta Directiva y (iii) Comité Ejecutivo.

Los Estatutos anteriores, modificados en mayo de 2009, sí contemplaban este órgano. Así, en su artículo 25, se citaban los siguientes órganos de gobierno: (i) Asamblea General, (ii) Consejo de Dirección y (iii) Comité Ejecutivo. En nota de prensa de la ANCCE de 7 de mayo de 2009 anunciando las modificaciones estatutarias se señalaba que la reforma de los órganos de gobierno no se haría efectiva hasta las siguientes elecciones, que se celebraron en junio de 2010. Por lo tanto, a partir de esta fecha, se suprimió el Consejo de Dirección y comenzó a funcionar la Junta Directiva.

Por otra parte, tanto por su composición como por sus funciones pueden asimilarse la Junta Directiva y el Consejo de Dirección (de hecho, en el RCM 2013 se condiciona la entrada en vigor del RCM a su aprobación por la Junta Directiva de la ANCCE). Por lo tanto, cabe entender que la entrada en vigor del nuevo RCM requería de la aprobación de la Junta Directiva de la ANCCE.

La Junta Directiva de la ANCCE aprobó con fecha 14 de abril la modificación del artículo 23 del RCM 2011, según consta en el punto 4 del Acta (folio 1001). En el mismo Acta se hace referencia a la solicitud de MELPI para actuar como ST y su denegación como consecuencia del incumplimiento por parte de dicha empresa de los requisitos introducidos en el RCM 2011 (folio 1004).

Posteriormente, con fecha 21 de mayo de 2011, la Asamblea General de la ANCCE ratificó por unanimidad las modificaciones del RCM acordadas por la Junta Directiva, entre ellas, la del artículo 23 (folio 999).

Con fecha 10 de junio de 2011 MELPI puso en conocimiento de la Dirección de Investigación la sustitución en la página web de ANCCE del antiguo RCM 2011 por el RCM modificado, que incluía la nueva redacción del artículo 23, que por primera vez incorporaba, además de las funciones de la ST, los requisitos que éstas debían cumplir para poder actuar como tales, entre los que se encontraban: a) disponer de un programa informático homologado por la ANCCE, b) no tener o

haber tenido procedimientos administrativos o judiciales pendientes con la asociación y c) no llevar a cabo actividades o actuaciones conflictivas con los fines y actividades de la ANCCE, especialmente en lo referente al LGPRE (folios 220 a 221 y 1157 a 1158).

MELPI también comunicó la retirada de la web de ANCCE de la Circular de 7 de febrero (folio 218).

Tras la publicación del nuevo RCM 2011 y la retirada de la Circular de 7 de febrero, según acredita MELPI, *“varios Comités Organizadores se dirigieron a ANCCE para preguntar si podían contratar a MELPI”,* si bien la respuesta de la ANCCE fue negativa (folio 218). Como prueba aporta una consulta realizada por la organización del Concurso de Cambrils mediante correo electrónico dirigido a la ANCCE el 3 de junio de 2011, en la que se pregunta directamente sobre la posibilidad de contratar a MELPI (folio 226). En su contestación, la ANCCE señala lo siguiente: *“En este sentido, decirte que no podrás hacer uso de MELPI para vuestro concurso”* (folio 227).

- Solicitudes de MELPI durante 2011 para su reconocimiento como ST

Durante marzo, abril y junio de 2011 MELPI solicitó a la ANCCE en diferentes ocasiones su reconocimiento para poder actuar como ST, sin que la ANCCE le respondiera justificando su exclusión o informándole de los nuevos requisitos exigibles a las ST.

- o El 18 de marzo de 2011 MELPI dirigió una carta a la ANCCE solicitando su homologación para la realización de ST de CMF para el año 2011 (folio 108). En su respuesta de 31 de marzo la ANCCE señaló a MELPI que, para actuar como ST, debían acreditar disponer de un programa informático homologado por la ANCCE (folio 109), omitiendo cualquier mención a otros requisitos distintos de éste, y sin indicar ni que el único programa homologado era el suyo propio ni ofrecérselo a MELPI. En su escrito de 5 de enero de 2012 la ANCCE justificó su actuación en los siguientes términos: *“si ANCCE no ha dado el programa a MELPI es porque nunca así lo ha solicitado”* (folio 483).
- o El 7 de abril de 2011 MELPI reiteró a la ANCCE, mediante burofax, su solicitud de ser incluida en el listado de ST homologadas (folios 110 a 112), sin que la ANCCE diera respuesta a la petición. Así, en su contestación de 24 de agosto de 2011 ANCCE señala que *“en nuestros archivos no hemos encontrado una contestación específica a este Burofax”, pero que MELPI habría recibido respuesta a sus preguntas mediante comunicaciones dirigidas por ANCCE con fechas 6 y 14 de junio de 2011* (folio 263).
- o Con fecha 2 de junio de 2011 MELPI solicitó a la ANCCE de nuevo su inclusión en el listado de ST homologadas. La ANCCE rechazó esta solicitud mediante escrito de 6 de junio utilizando los mismos argumentos

de su escrito de 31 de marzo, basados en que debía de acreditar poseer un programa informático homologado por la ANCEE (folio 1014).

- El 9 de junio de 2011 MELPI solicitó a la ANCEE información respecto a los requisitos para la homologación del programa informático necesario para actuar como ST en los CMF. En su respuesta de 14 de junio de 2011, la ANCEE le reitera que para actuar como ST debe reunir todos los requisitos establecidos en el artículo 23 RCM 2011, entre los que se encuentra la acreditación de disponer de un programa homologado por la ANCEE, a cuyos efectos era necesario presentarlo ante ella en orden a comprobar su compatibilidad técnica con el programa utilizado por la ANCEE (folio 1016).

- Evolución del mercado de ST de CMF entre 2011 y 2012

Entre 2011 y 2012 MELPI ha estado excluida de los servicios de ST de los CMF mientras que la ANCEE, que antes no prestaba estos servicios, sí ha llevado ST de CMF tras la modificación del RCM 2011.

En 2010 MELPI llevó la ST de 19 CMF de los 56 celebrados en España y de 3 de los 23 celebrados en el extranjero (folios 118 a 138 y 1284). La importancia de la actividad de MELPI en la prestación de servicios de ST hasta 2011 no radica únicamente en el número de ST desempeñadas sino también en la importancia de las mismas. Así, lo hizo en 11 CMF nacionales a los que ANCEE dio en 2013 la categoría de “internacional” (folios 118 y 1085).

En 2011 se celebraron 56 CMF en España y 24 en el extranjero y en todos ellos se utilizó el programa de la ANCEE para la gestión de los datos. MELPI no llevó ninguna ST. La ANCEE, por su parte, se hizo cargo de la ST del SICAB (final del Campeonato de España).

En 2012 se celebraron 43 CMF en España y 18 en el extranjero y en todos ellos se utilizó el programa de la ANCEE para la gestión de los datos. MELPI no llevó ninguna ST, mientras que la ANCEE se hizo cargo de la ST de 6 concursos (folios 977 a 979).

Por lo tanto, aunque en su respuesta de 24 de agosto de 2011 la ANCEE afirmara que no realiza funciones de ST (folio 254) y que ninguna de las ST que prestaban sus servicios en los CMF estaban vinculadas “*ni directa ni indirectamente con ANCEE*” (folio 254), de la información que proporcionó en sus respuestas de 5 de febrero y 10 de junio de 2013 se desprende que tras la exclusión de MELPI se convirtió en una de las principales prestadoras de estos servicios en España, sólo superada durante 2012 por Joaquín Vázquez (10), Miguel Buendía (8) y Equusconsulting (7).

• **2013**

- Nota informativa “Nuevo formato de concursos para el Campeonato de España de Morfología” (enero 2013)

El 29 de enero de 2013 la ANCCE anunció la modificación del formato de concursos para el Campeonato de España para 2013, publicando en su web una nota informativa con el título *“Nuevo formato de concursos para el Campeonato de España de Morfología”* (folios 1085 a 1088). Dicha publicación se producía tras la incoación del presente expediente sancionador el 29 de noviembre de 2012 y después de conocer la Resolución del Consejo de la CNC de 24 de enero de 2013 que intimaba a la ANCCE a suspender cautelarmente los requisitos exigidos a las ST en virtud del artículo 23.1 del RCM 2011 y a dar respuesta en el plazo de 15 días a todas las solicitudes para actuar como ST

Así, mediante la publicación de esta circular en su web (www.ancce.es) la ANCCE señalaba que *“con carácter general los concursos pierden su condición de clasificatorios para poder acceder a la Final. La participación en la Final estará abierta a todos los criadores, si bien se establece una prioridad a todos aquellos ejemplares que hayan participado en alguno de los concursos oficiales recogidos en el Calendario Oficial de ANCCE”* (folio 1085).

Entre otras novedades, además, señalaba el establecimiento de dos categorías de concursos –nacionales e internacionales (hasta esa fecha, los RCM definían 3 categorías de concursos: A, B y C, diferenciados en función de la estructura requerida para su celebración) y la obligación de los CO de los concursos internacionales de grabar los concursos y tomar fotografías, y poner a disposición de la ANCCE todo este material gráfico (folios 1085 y 1088). Asimismo, se indica que la Asociación pondrá a disposición de todos los CMF el programa que posibilita el seguimiento online de los resultados obtenidos en los mismos (folio 1088).

- Publicación del nuevo RCM 2013 (marzo 2013)

El 13 de marzo de 2013 se publicó en la web de la ANCCE el nuevo RCM 2013 (folios 1143 y 1210 a 1266), cuyo artículo 11 del RCM 2013 (que se corresponde con el artículo 12 del anterior RCM 2011) detalla la infraestructura con la que debe contar cada categoría de concursos en sus apartados 11.1.b.7) y 11.2.b.6) en los que únicamente exige que éstos dispongan de una ST para la gestión del CMF y elimina la exigencia anterior de disponer de un programa homologado por la ANCCE (folios 1214 y 1215). La ANCCE indica que esta eliminación supone que las ST disponen de plena libertad para determinar el programa o la aplicación informática a utilizar en la gestión de los datos de los CMF (folio 1117).

Además, el RCM 2013 suprime el anterior artículo 23, que recogía los requisitos que debían cumplir las ST, así como las funciones de las mismas. En su lugar, el artículo 19 establece que pueden actuar como ST las personas físicas o jurídicas que a juicio del CO reúnan las condiciones necesarias para gestionar los datos y resultados de los CMF (folio 1220).

Como consecuencia de esta modificación reglamentaria, MELPI ha podido retomar su actividad como ST de CMF en 2013, colaborando con la ST del concurso de Torre Pacheco y llevando las de Coín, Lérída y Mijas (folio 1296).

- Obligación de publicación de los resultados de los CMF en tiempo real:

El artículo 19.2 del RCM 2013, que establece las funciones de las ST añade a las que se recogían en el artículo 23 del RCM 2011 la obligación de publicar online los resultados de los CMF y suprime las que se recogían en los apartados g) y h) del anterior artículo 23.2, referidas respectivamente a la confección de las actas y su remisión junto a las fichas de calificación a la ANCCE en el plazo de 5 días, y el envío de los resultados a la ANCCE en formato electrónico en el plazo de 48 horas.

De este modo el RCM 2013 establece la obligación de que las ST publiquen online en la web de ANCCE los resultados de los CMF en tiempo real. Hasta la fecha no existe una herramienta alternativa al programa que proporciona gratuitamente ANCCE que permita, de forma simultánea, gestionar los resultados de un CMF y publicarlos online en la web de la ANCCE.

La ANCCE explica, en su respuesta de 14 de mayo de 2013, que ambas funciones se atribuyen en el RCM 2013 a los CO, en virtud de lo establecido en los artículos 20 y 53. Estos artículos no se han modificado en relación a los antiguos artículos 20 y 53 del RCM 2011. En particular, en lo que se refiere a la obligación de enviar los resultados en formato electrónico, la única mención que se recoge en el RCM 2013 es la del artículo 53, en los siguientes términos: *“Esto no es óbice para que los resultados del concurso, en soporte informático y en el formato determinado a tal efecto, sean enviados vía telemática en un plazo no superior a las cuarenta y ocho horas posteriores al Departamento de Competición y Concursos de ANCCE”*. Como esta función, que antes aparecía expresamente atribuida a las Secretarías en el artículo 23 RCM 2011, no se asigna a ningún otro órgano en el RCM 2013, resulta ambiguo a la luz del nuevo texto quién es el obligado a la misma (MELPI, por ejemplo, había interpretado que seguía obligando a las ST).

El apartado d) del artículo 19.2 del RCM 2013, además de recoger la obligación de elaborar la lista de resultados con comparativa de los jueces al finalizar el juzgamiento de cada sección, para conocimiento de ganaderos y público, dispone que *“todos estos resultados habrán de exhibirse on-line en la web www.concursosancce.com”* (folio 1220). Además, y aunque este extremo no queda regulado en el Reglamento, la implementación de la anterior obligación que se ha realizado, al menos en alguna ocasión, es que esta publicación de los resultados en la web de la ANCCE debe hacerse en tiempo real (folios 1093 a 1095 y folio 1132).

Para dar cumplimiento a esta obligación de publicar los resultados online, la ANCCE pone a disposición de cualquier interesado de forma gratuita su programa

informático. En cualquier caso, la ANCCE no prohíbe que las ST utilicen sus propios programas en el desarrollo de sus funciones y suban los resultados, en su caso, a sus propias páginas web, como señala en su escrito de 1 de abril de 2013: “[...] Dicha obligación implica que, independientemente de la aplicación o programa informático utilizado para la gestión de los datos generados en los Concursos Morfológicos, dichos datos deberán exhibirse, además de en las posibles bases de datos privadas de cada Secretaría –cosa que ANCCE no impide-, en la web de acceso gratuito www.concursosancce.com” (folio 1110).

Según MELPI “el programa que ANCCE facilita es la única opción que da ANCCE para introducir los resultados de un concurso en su base de datos” (folio 1282).

La ANCCE, por su parte, en contestación al requerimiento de la DC de 27 de mayo de 2013, señala que acepta cualquier programa que permita la transmisión de datos a la web de ANCCE, y que si cualquier tercero quisiera utilizar otro programa, “únicamente tendría que establecer la conexión entre este programa y la web de ANCCE, para lo cual los ingenieros informáticos de ANCCE están a su entera disposición” (folio 1292). En cualquier caso, “hasta el momento ningún desarrollador de programas, ni siquiera MELPI, se ha puesto en contacto con ANCCE para estudiar la forma de que el programa informático permita subir los resultados online a la web de ANCCE” (folio 1292).

No obstante, en el expediente consta la queja realizada por MELPI a la ANCCE mediante carta de 13 de marzo de 2013 en la que se indicaba que esta obligación de publicar online los resultados de los CMF “supone la imposición directa a los Comités Organizadores de la utilización en forma exclusiva y excluyente de la aplicación informática de la ANCCE” (folio 1091). La ANCCE respondió a MELPI “existe plena libertad para las Secretarías Técnicas a la hora de determinar el programa o la aplicación informática a utilizar en la gestión de los datos de los Concursos Morfológicos” y en relación a la obligación de publicar online los resultados le informaba “de que, independientemente de la aplicación que Uds. utilicen para la gestión de los referidos datos, ANCCE les ofrece, de forma gratuita, su aplicación informática para que puedan utilizarla a los efectos de transferir las calificaciones obtenidas en los concursos a la web www.concursosancce.com” (folio 1117), pero no ofrece a MELPI la posibilidad de adaptar su programa de forma que pueda utilizarlo para publicar los resultados online.

MELPI explica que la obligación de publicar los resultados online en la web de ANCCE les obliga a “realizar dos veces nuestro trabajo, ya que después de mecanizar cada nota en el programa de MELPI para dar los resultados, enseguida hay que hacerlo de nuevo en el programa de ANCCE, teniendo la presión de las llamadas de ANCCE al Comité Organizador cuando se retrasa una nota [...]” (folio 1284).

En todos los CMF celebrados hasta la fecha en 2013 las ST han utilizado exclusivamente el programa informático de ANCCE, salvo en los CMF en los que ha participado MELPI, en los que se ha utilizado el programa de MELPI para la gestión de los datos del concurso (que permite publicar los resultados en las webs de MELPI) y el de ANCCE para dar cumplimiento a la obligación del artículo 19.2.d) del RCM 2013 (folio 1296).

- Obligación de los CO de CMF de grabar y fotografiar los concursos y poner a disposición de la ANCCE copia de esas imágenes.

La Circular de 29 de enero de 2013 disponía que los concursos de categoría internacional se encontraban obligados a grabar los concursos y poner a disposición de ANCCE copia de dicha grabación así como de disponer de fotografías de todo el concurso. Añadía que este material sería de utilidad en los cursos de unificación de criterios, por lo que establecía como indispensable su aportación a la ANCCE para mantener la categoría del concurso (folio 1088).

El RCM 2013 recoge la obligación de que los organizadores de CMF internacionales cuenten con la infraestructura necesaria para realizar la grabación en vídeo y fotografías de las secciones del concurso (artículo 11.1.b.6) y que los de categoría nacional dispongan de infraestructura suficiente para tomar fotografías de las secciones del concurso (artículo 11.2.b.6), pero no contiene ninguna previsión relativa a la obligación de ceder esas imágenes a la ANCCE ni a los términos de esa cesión. En anteriores reglamentos, al describir la infraestructura necesaria para organizar un CMF, también se mencionaba la capacidad de tomar fotografías o realizar grabaciones, pero no consta que existiese obligación alguna de cederlas a la ANCCE, similar a la anunciada como novedad en la Circular de 29 de enero, ni que, en ningún caso, la ANCCE exigiese esa cesión.

A pesar de que dicha obligación no queda recogida en el RCM 2013, la ANCCE confirmó su plena vigencia en su contestación de 12 de junio de 2013. En particular, la ANCCE indicaba que los CMF internacionales debían de facilitar grabaciones en vídeo y fotografías, mientras que los de categoría nacional únicamente las fotografías del concurso (folios 1290 y 1291).

Añadía que la cesión tanto de las fotografías como de los vídeos se realizaba gratuitamente por parte del concurso (en tanto que la publicación en la web de la ANCCE se efectuaba en pro del interés general) y que servían tanto para facilitar al usuario la identificación visual del ejemplar juzgado (al margen del LGPRE) como realizar un análisis visual de sus características morfológicas (folios 1290 y 1291).

En cuanto a los términos de la cesión, indicaba la cesión de los derechos de comunicación y reproducción de las imágenes para su publicación en la web de ANCCE www.concursosancce.com así como el uso privado de los vídeos y fotos

en las reuniones de unificación y fijación de criterios de los jueces (folios 1290 y 1291).

MELPI confirmó que tuvo que ceder gratuitamente las imágenes tomadas en los concursos de Lleida y Mijas, que fueron publicadas en la web de la ANCCE, y corriendo por su cuenta todos los gastos de equipos, personal y conexión (folios 1281 y 1282).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Habilitación competencial.

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, Ley 3/2013), mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC.

Según la disposición adicional segunda de la misma Ley *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”*.

Por otro lado de acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007 de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del R.D. 657/2013 de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la entidad, *“la Sala de la Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley de 15/2007 de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- Objeto de la Resolución y valoración del órgano instructor.

En el presente expediente el Consejo debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por la Dirección de Competencia que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución, si la ANCCE ha cometido y es responsable de una infracción de abuso de posición de dominio prohibida por los artículos 2 LDC y 102 TFUE.

MELPI denunció inicialmente a la ANCCE por una posible infracción de los artículos 1 y 2 de la LDC consistente en la publicación en su página web el 7 de febrero de 2011, de una prohibición dirigida a los CO de los CMF para contratar a MELPI o a su personal como ST, so pena de no homologación de los concursos.

También denunció una posible infracción del artículo 3 de la LDC consistente en la publicación por la página web de ANCCE de una nota de 10 de marzo de 2011, dirigida a los ganaderos, que hace referencia a la falta de validez de los registros de caballos registrados como “PRE MUNDIAL”.

En la ampliación a su denuncia de 22 de febrero de 2012 añadió como nuevos hechos que consideró también constitutivos de infracción del artículo 2 LDC, la modificación del artículo 23 RCM 2011 por parte de la ANCCE.

Por último, en su escrito de 21 de marzo de 2013, complementario del anterior, MELPI denunció una nueva infracción del artículo 2 LDC al establecer en su artículo 19 la obligación de que los CO y ST le suministren los datos de los concursos on-line a la web de la ANCCE.

Finalizada la instrucción del expediente, en base al artículo 50.4 de la LDC, la Dirección de Competencia propone al Consejo la siguiente declaración de infracción:

“Primero. Que se declare la existencia de conductas prohibidas por el artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE, consistentes en:

- *La modificación en 2011 de los requisitos exigidos por la normativa de Concursos Morfológicos de caballos PRE para actuar como Secretaria Técnica.*
- *La imposición de la obligación a las Secretarías Técnicas de Concursos Morfológicos de caballos de PRE celebrados en 2013 de publicar online prácticamente en tiempo real los resultados de los concursos en la web de ANCCE.*
- *La obligación impuesta a los Comités Organizadores de Concursos Morfológicos de Caballos PRE celebrados en 2013 de ceder a la ANCCE todo el material gráfico y sus derechos de publicación de los concursos.*

Segundo. Que se declare responsable de esta infracción a Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Pura Raza Española (ANCCE).

Tercero. Que las conductas prohibidas se tipifiquen, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.b) de la LDC.

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

TERCERO.- Sobre la naturaleza anticompetitiva de la conducta imputada.

De los hechos acreditados se deduce, en primer lugar, la adopción por parte de la ANCCE de una serie de medidas encaminadas a limitar la libre contratación de las ST de los CMF de caballos PRE entre 2011 y 2012, materializadas en: (i) la modificación de los requisitos exigidos en el RCM 2011 para poder actuar como ST; (ii) la obligación de utilizar en los CMF exclusivamente el programa informático suministrado por la ANCCE a partir de enero de 2011; y (iii) la prohibición expresa de contratar a MELPI, S.L. como ST en los CMF recogida en la Circular de 7 de febrero de 2011.

Y, en segundo lugar, la imposición por parte de ANCCE en el RCM de 2013 de determinadas obligaciones a los CO y a las ST, en particular, la obligación de ceder a la ANCCE las imágenes de los concursos y la de publicar los resultados online en la web www.concursosancce.com.

Todas estas medidas constituyen una conducta contraria al artículo 2 de LDC que prohíbe *“la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional”*. Asimismo, teniendo en cuenta que la normativa elaborada por la ANCCE es de obligado cumplimiento en todos los CMF que se celebran tanto en España como en el extranjero y que se celebran CMF en varios países comunitarios, también resultan contrarias al artículo 102 TFUE, que dispone que *“será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo”*.

Para determinar la existencia de la infracción procede, por tanto, analizar si la conducta que se imputa a la ANCCE constituye una explotación abusiva de su posición de dominio, y valorar, en su caso, los efectos producidos, lo que permitirá declarar dichas conductas contrarias a los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE.

a) Existencia de una posición de dominio

El análisis de la conducta de la ANCCE, en orden a determinar la infracción de los artículos 2 LDC y 102 TFUE, requiere en primer término valorar si ésta ostenta una posición dominante.

La jurisprudencia comunitaria (por todas, la Sentencia del antiguo TJCE de 14 de febrero de 1978, en el asunto 27/76, United Brands Company y United Brands Continental BVc. Comisión), define la noción de posición de dominio como *“la posición de fortaleza económica que disfruta un operador y que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante proporcionándole el poder de comportarse con suficiente independencia de sus competidores, clientes y, en última instancia, de los consumidores”*.

A nivel nacional, la Resolución del TDC, de 30 de septiembre de 1999, Bacardí, (expediente R 362/99) recoge este mismo concepto de posición de dominio, acentuando la importancia de la independencia del comportamiento de la empresa en el mercado, que le permite actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de competidores y consumidores. También la *Comunicación de la Comisión denominada Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (2009/C 45/02, en adelante, Comunicación sobre el Artículo 82 CE)* recoge esta definición jurisprudencial en su párrafo 10.

La ANCCE es la única entidad oficialmente reconocida para la gestión del LGPRE, lo que le permite acceder a una base de datos que contiene los datos personales de todos los criadores así como toda la información relacionada con su ganadería.

Igualmente, le corresponde en exclusiva fijar las bases de desarrollo de los CMF y establecer sus RCM, teniendo, como organizadora del Campeonato de España, acceso a todos los resultados de los CMF.

La ANCCE, por tanto, siendo la única oferente en el mercado de los servicios de gestión del LGPRE y ordenación del desarrollo de los CMF, ostenta en ellos un monopolio de facto.

Además está presente en otros mercados conexos, como son los de (i) prestación de servicios de ST en CMF (al menos hasta 2012, incluido) y provisión de herramientas informáticas para las mismas; y (ii) mercados de promoción del PRE. Como indicó el Consejo de la CNC en su Acuerdo de 17 de octubre de 2012, *“todas ellas actividades que en principio deben prestarse en competencia”* (folio 882).

El monopolio de la ANCCE en relación a la ordenación del desarrollo de los CMF le obliga a una especial responsabilidad para evitar alterar en su beneficio las condiciones de competencia en el mercado de ST o de herramientas informáticas para las mismas, pues es la propia asociación la que determina en sus RCM qué requisitos deben cumplir ambos para ser homologados (hasta la aprobación del RCM 2013 en el que se elimina cualquier referencia a la homologación de ST y programas informáticos).

Por otra parte, en relación a los mercados de promoción del PRE, para operar en estos mercados es necesario acceder a la información sobre los ejemplares, que se obtiene fundamentalmente del LGPRE y del desarrollo de los CMF. Esta información se integra con otras herramientas (como el software para la gestión de ganaderías) y contenidos (vídeos, imágenes, retransmisiones, etc.). La posición dominante de la ANCCE en relación a la gestión del LGPRE y desarrollo de los CMF le confiere cierta ventaja en estos mercados conexos, en los que actúa como operador económico y como asociación que presta servicios a los ganaderos.

b) Abuso de la posición de dominio que ostenta la ANCCE como única entidad reconocida en España para la gestión del LGPRE y la regulación de los CMF.

El hecho de que la ANCCE ostente una posición de dominio tanto en el mercado del LGPRE como en el de ordenación del desarrollo de los CMF no constituye una infracción de las normas de defensa de la competencia, dado que lo que la ley prohíbe es el abuso de dicha posición.

El artículo 2 de la LDC menciona a título orientativo distintos comportamientos comerciales considerados abusivos, sin embargo, es doctrina constante que esta relación no constituye un catálogo cerrado de prácticas abusivas.

El Tribunal Supremo (TS), en su Sentencia de 8 de mayo de 2003, Tándem Transportes y Ruta Sur, definió el abuso de posición dominante como *“una modalidad singular de abuso de derecho; un tipo cualificado de éste, que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz, lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia. Es, en suma, un ejercicio antisocial de la excepcional libertad económica que otorga una posición de dominio en el mercado”*.

El TS, en esa misma sentencia, puntualizó no obstante que *“no toda restricción en la estructura competitiva del mercado hecha desde una posición de dominio merecerá ser calificada como explotación abusiva”*. El TS exige para que la conducta se pueda calificar de abusiva que ésta carezca de una justificación económica objetiva y razonable: *“Serán abusivas, pues, las restricciones de la competencia hechas desde una posición de dominio que no sean razonables por carecer de una justificación capaz de ser aceptada como tal por el ordenamiento jurídico-económico”* e indica que podrá apreciarse esta carencia de justificación *“allí donde el ejercicio por la empresa dominante de su especial libertad económica deje de acomodarse, sin razón reconocible como tal, al que llevaría a cabo en una situación de competencia efectiva”*..

En consecuencia, y acreditada la existencia de una posición dominante por parte de la ANCCE, a continuación se valora si la conducta imputada a la ANCCE puede ser calificadas de abusiva.

• Limitación de la libertad de contratación de ST en 2011 y 2012

Durante 2011 y 2012, la limitación de la libertad de contratación de las ST tuvo lugar mediante: (i) la modificación del artículo 23 del RCM que introduce los requisitos que deben reunir las ST; (ii) la exigencia a éstas de la utilización

exclusiva del programa proporcionado por la ANCCE y (iii) la prohibición expresa de la contratación de MELPI, comunicada a través de la Circular de 7 de febrero de 2011.

Tal y como señaló el Consejo de la antigua CNC en su Acuerdo de 17 de octubre de 2012, el hecho de que corresponda a la ANCCE como única entidad gestora del LGPRE la ordenación de los CMF, *“no quiere decir que la actuación de la Asociación no venga sujeta a límites”*, debiendo actuar de forma objetiva, transparente y no discriminatoria y, dada su posición de dominio, teniendo especial cuidado en no distorsionar la competencia en mercados conexos.

El TS en la citada Sentencia de 8 de mayo de 2003 subraya la especial responsabilidad que recae sobre las empresas en posición de dominio en orden a evitar el perjuicio que pueden causar tanto a la competencia en general como a competidores y consumidores en particular.

- Obligación de utilizar el programa informático de la ANCCE

A partir de enero de 2011, la ANCCE, como única reguladora de los CMF, impuso la utilización exclusiva de su propio programa informático. Ya el Consejo de la CNC, en su Acuerdo de 17 de octubre de 2012, se refería a que la generación de eficiencias en el tratamiento de la información y su integración en las bases de datos de la ANCCE no era razón suficiente para justificar dicha obligación. En particular, el Consejo advertía que esta exigencia obstaculizaba la entrada de las empresas que quisieran actuar como ST con su propio software (como venía haciendo MELPI) y, en cambio, permitía a la ANCCE aprovechar las sinergias que dicha obligación conllevaba para prestar servicios en mercados conexos, como el del PRE. Asimismo, consideraba que existían indicios suficientes para asumir que con esta medida la ANCCE no buscaba únicamente eficiencias técnicas sino limitar o al menos controlar el acceso a la prestación de servicios de ST por otros competidores.

De hecho, ha quedado acreditado que la ANCCE no proporcionó su programa informático a todos los interesados en prestar servicios de ST, pues MELPI solicitó en diversas ocasiones ser incluida en el listado de ST homologadas a las que la ANCCE bien no respondió o bien lo hizo de forma ambigua. En concreto, en su respuesta de 31 de marzo de 2011 daba a entender a MELPI que el único requisito que debía cumplir era poseer un programa informático homologado, pero no mencionaba que el único programa homologado era el suyo propio –lo que supone una actuación opaca- ni se lo ofreció –lo que implica una actuación discriminatoria, en tanto que sí se lo proporcionó a otras ST-.

- Prohibición de contratar a MELPI

La ANCCE debería de haber sido especialmente cuidadosa a la hora de prohibir la contratación de MELPI por los CO, dado que el riesgo de afectar a las condiciones de competencia tanto en el mercado de ST como en el del PRE eran evidentes. Así, no hemos de olvidar que MELPI en 2010 llevó la ST del 34% de

los CMF celebrados en España y del 64% de los que en 2013 serían considerados de categoría internacional mientras que en el mercado de promoción del PRE se había erigido en el principal competidor de la ANCCE.

Sin embargo, de los hechos acreditados se desprende que la ANCCE actuó de forma opaca y arbitraria: no sólo excluyó a MELPI sin explicarle claramente los motivos de esta decisión y sin darle oportunidad de formular alegaciones sino que ni siquiera le comunicó directamente esta decisión, sino que lo hizo de forma indirecta mediante la publicación en su web de la Circular de 7 de febrero de 2011 dirigida a los CO.

Su ambigüedad y falta de transparencia se percibe igualmente en la justificación de su decisión ante los CO y ante MELPI. Así, mientras que en el mes de febrero de 2011 la justificaba ante los CO sobre la base de la modificación del artículo 23 del RCM, en sus comunicaciones con MELPI no hizo referencia a la misma hasta la publicación del nuevo Reglamento en el mes de junio del mismo año.

Por otra parte, es significativo que en su reunión en febrero con los CO para explicarles las reformas propuestas se hiciera “especial hincapié” en que la reforma del artículo 23 relativo a las ST implicaba que MELPI no pudiera ejercer como tal. El empeño que puso la ANCCE en que una reforma de una norma general que aún no había sido aprobada por la Junta tuviera efectos inmediatos sobre una empresa en particular, pone de relieve el interés de la Asociación en apartar a MELPI del mercado de ST.

Además, la actuación de la ANCCE no puede justificarse en una supuesta “deslealtad” de MELPI para con la Asociación. El TS señaló en su sentencia de 23 de marzo de 2005, Telefónica/BT, que *“ante una situación de reconocida ilegalidad del operador de hecho, el operador dominante no está obligado a tratarlo en los mismos términos que le son exigibles para el resto de operadores en situación regular”*, si bien advierte que esto no puede entenderse *“como excusa para incurrir en conductas de abuso de posición de dominio respecto de los operadores sobre cuya situación jurídica en un determinado mercado existan meras discrepancias de criterio o simples dudas por parte del dominante”*.

Así, aunque entre MELPI y la ANCCE existían diferentes contenciosos, todos venían referidos a terceros mercados: (i) un supuesto incumplimiento contractual relacionado con el encargo hecho por la ANCCE a MELPI en relación con una herramienta informática; (ii) denuncia interpuesta por la ANCCE contra MELPI ante la Agencia Española de Protección de Datos por la publicación no consentida de datos personales y (iii) la denuncia de MELPI contra la ANCCE ante la DG de Recursos Agrícolas y Ganaderos, cuestionando la validez de los RCM redactados por la ANCCE y denunciando un posible abuso de poder y prácticas desleales. En ninguno de estos casos existió condena firme contra MELPI ni en el momento de la exclusión de MELPI de las ST ni después. Por ello, que estos contenciosos en terceros mercados motivaran que la ANCCE excluyera a MELPI del listado de ST resulta desproporcionado y discriminatorio. Así lo reconoce el Consejo de la CNC

en su Acuerdo de 17 de octubre de 2012, *“El vetar como Secretaría Técnica a aquéllos que tengan procedimientos administrativos o judiciales pendientes con la Asociación constituye un criterio excesivamente amplio y discrecional. En especial si tenemos en cuenta que los candidatos a operar como Secretarías Técnicas son potenciales competidores naturales de ANCCE en mercados conexos como el de la promoción del PRE o la gestión del LGPRE. Puede resultar desproporcionado y discriminatorio el hecho de que los conflictos con tales competidores en terceros mercados pudieran tener como consecuencia su exclusión como Secretaría Técnica”* (folio 884).

A pesar de estos contenciosos, en ningún momento MELPI incurrió en una situación de manifiesta ilegalidad que justificara el trato discriminatorio recibido por la Asociación.

Por lo tanto, de conformidad con la DC, en relación con la decisión de prohibir la contratación de MELPI no es posible considerar que la ANCCE actuara con la “especial responsabilidad” que le era exigible dadas (i) su posición de dominio en el mercado de servicios de gestión del LGPRE y de ordenación de CMF, en los que es la única oferente, y (ii) su condición de principal beneficiaria del perjuicio que su decisión causaba a MELPI, dado que la conducta de la ANCCE reforzaba su posición en el mercado conexo de promoción del PRE. Por el contrario, la Asociación actuó de forma arbitraria, opaca, discriminatoria y desproporcionada, utilizando sus potestades como única entidad competente en la ordenación del desarrollo de los CMF para beneficio propio.

- Nuevos requisitos exigidos para actuar como ST en los CMF

De acuerdo con la DC, la modificación reglamentaria del RCM 2011 incorporando nuevos requisitos exigibles a las ST supuso la culminación de las conductas llevadas a cabo por la ANCCE para restringir la libre contratación de ST por los CO desde enero de 2011, así como un intento de legitimar la exclusión de MELPI de este mercado.

En cuanto a los tres requisitos establecidos para actuar como ST que se recogen en la reforma del artículo 23, ya el Consejo de la CNC en su Acuerdo de 17 de octubre señaló que no podía concluirse *“que nos encontremos ante criterios ni objetivos ni transparentes”*, que podían resultar *“desproporcionados y discriminatorios”* y que su aplicación por la ANCCE *“no parece ni objetiva ni proporcionada, además de carecer de la debida transparencia”*.

El primero de ellos, que recoge la obligación de disponer de un programa informático homologado por la ANCCE, ya en las versiones anteriores de RCM, donde figuraba como el único requisito exigible a las ST, adolecía de falta de objetividad y transparencia, en la medida en que no existía un procedimiento de homologación establecido ni unos criterios definidos que los programas debieran cumplir. Además, como señaló el Consejo, el hecho de que sea una entidad que

ofrece sus propias herramientas informáticas la misma que debe homologar las que puedan proveer terceros, entraña un riesgo evidente para la competencia. Este riesgo se materializó en daño efectivo en el año 2011 con la decisión de la ANCCE de no homologar ningún programa informático distinto del suyo propio (folio 482). De este modo, el contenido de este requisito en el RCM 2011 se hace aún más restrictivo pues no sólo no resolvía los problemas de falta de objetividad y transparencia señalados sino que se agravaban, pues implicaba la obligación de utilizar el programa de la ANCCE cuando de la lectura del RCM podía pensarse que existía la posibilidad de recibir homologación para un programa distinto del de la Asociación, cuando esto no era posible.

A ello hay que añadir que la aplicación de este criterio efectuada por ANCCE es discriminatoria y opaca, pues cuando MELPI le requiere sobre los requisitos que debe satisfacer para ser homologada como ST, ni le indica que debe utilizar su programa ni se lo ofrece, mencionando únicamente la necesidad de disponer de un programa homologado.

En cuanto al segundo de los requisitos, que establece no haber tenido o no tener procedimientos administrativos o judiciales de cualquier índole pendientes con la Asociación, el Consejo lo consideró un criterio excesivamente amplio y discrecional, especialmente si se tiene en cuenta que algunos de los interesados en actuar como ST son potenciales competidores de ANCCE en mercados conexos. Conflictos con estos competidores en terceros mercados no pueden tener como efecto su exclusión automática del mercado de las ST, pues resulta desproporcionado y discriminatorio.

En cuanto al tercer requisito, no realizar actividades o actuaciones que pudieran entrar en conflicto con los fines y actividades de la Asociación, el Consejo indicó que el riesgo de afectar a la competencia era incluso mayor, pues podría interpretarse incumplido por cualquier empresa que rivalizara o pretendiera rivalizar con la ANCCE en cualquier mercado, incluido el de la gestión del LGPRE.

Asimismo, el Consejo señalaba que existían indicios de que la ANCCE pretendía dar a estos requisitos una interpretación expansiva, que le permitiera frenar a las empresas que rivalizan con ella en la prestación de servicios comerciales a los ganaderos. Esto se ve confirmado por la actuación de la ANCCE en relación con su principal competidor en estos mercados (MELPI): ante los CO justifica la exclusión de MELPI como resultado de la aplicación de estos dos nuevos requisitos del artículo 23, y en la Circular motiva la prohibición de contratar a MELPI por *“fomentar la desunión sectorial y atacar las legítimas competencias de la Asociación”*. De conformidad con la DC, de lo anterior cabe deducir que la ANCCE considera que el mero hecho de colaborar con una entidad que compita o pretenda competir con la Asociación es suficiente para quedar excluida de las ST, a la luz del nuevo artículo 23, lo que es claramente desproporcionado. También lo es el hecho de que la prohibición se extienda a cualquier persona relacionada con la empresa y a cualquier actividad relacionada con la ANCCE distinta de las ST.

Es preciso subrayar, además, la falta de transparencia y objetividad de la ANCCE tanto en la reforma como la aplicación del RCM, pues exigió a los CO su aplicación antes de ser aprobadas por todos los órganos competentes y debidamente publicadas. De hecho, el RCM 2011 modificado aun debiendo de aplicarse durante toda la temporada 2011 (que empieza en enero-febrero) no se publicó hasta el mes de junio, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello conlleva. A esto hay que añadir que, con el objeto de adelantar su aplicación, en la reunión de 18 de febrero ya se comunicó que la reforma reglamentaria implicaba la prohibición de contratar a MELPI, pero MELPI no pudo tener conocimiento de esta reforma hasta junio.

Por último, es necesario destacar que la ANCCE aprovechó la exclusión del principal operador en el mercado de las ST para ofrecer ella misma estos servicios, adquiriendo en 2012 una presencia importante en el mismo.

Por todo ello, este Consejo entiende arbitraria y discriminatoria la regulación de los requisitos exigidos en el artículo 23 RCM 2011 para actuar como ST, lo que objetivamente equivale a un abuso, sin necesidad de la aplicación de dicha normativa en perjuicio de algún operador. No obstante, en este caso la efectiva aplicación de dichos criterios ha permitido a la ANCCE limitar la libre contratación de ST por parte de los CO y obstaculizar la competencia en el mercado conexo de promoción del PRE, reforzando su posición en ambos.

- **Modificaciones introducidas en la normativa de CMF de 2013: la obligación de publicar los resultados online en la web de ANCCE y la obligación de ceder las imágenes de los concursos a la ANCCE.**

La modificación de la normativa de los CMF en 2013 por la ANCCE coincidió con la obligación impuesta a la Asociación en virtud de la Resolución del Consejo la CNC de 24 de enero de 2013 que le obligaba a suspender cautelarmente los requisitos exigidos a las ST por el artículo 23 del RCM 2011. Entre otras novedades, supuso la eliminación de los requisitos para actuar como ST y el establecimiento de nuevas obligaciones para los CO y ST.

- Obligación a las ST de publicar los resultados de los CMF online en tiempo real

La exigencia impuesta a las ST de publicar los resultados de los CMF en la web de la ANCCE en tiempo real no viene justificada por necesidades relacionadas con la gestión del LGPRE ni con la ordenación de los CMF.

En la gestión del LGPRE es más importante la veracidad y coherencia de los datos incluidos en el mismo que la inmediatez de su disponibilidad, dado que es un instrumento que sirve a un objetivo a largo plazo como es la conservación y mejora de la raza. De este modo, no es posible aceptar que la publicación en tiempo real de los resultados contribuya a su mejor gestión.

Además, los datos publicados en tiempo real por las ST pueden contener errores. La propia ANCCE lo reconoce implícitamente cuando exige a los Comités que le envíen, además, los resultados en soporte informático en el plazo de 48 horas (artículo 53 del RCM), así como las fichas y actas del concurso en un plazo no superior a 5 días desde la celebración del concurso (artículo 58 del RCM). La ANCCE justifica estas obligaciones de enviar los datos por distintas vías en que *“tiene como principal objetivo que la ANCCE pueda efectuar un contraste de los datos recibidos por una y otra vía y, en caso de detectarse alguna incorrección, proceder a subsanarla”* (folio 1128).

Aunque la ANCCE debe tener acceso a todos los resultados, no existen razones de peso que expliquen por qué éste debe de ser, a partir de 2013, instantáneo. Tampoco que deban ser los CO y ST los que asuman el coste de nutrir su base de datos. Coste que incluye, entre otros, el gasto en personal y conexión a internet necesarios para subir los resultados a la web de la Asociación.

Estos servicios relacionados con la publicación de los resultados en tiempo real que proporciona la ANCCE a través de su web pertenecen al ámbito de la promoción del PRE, mercado en el que rige la libre competencia y, por tanto, en el que la ANCCE compite con otros operadores económicos. Precisamente es el interés que despierta el PRE en todo el mundo y que la ANCCE alega como justificación para imponer esta obligación, la base de la existencia de un mercado de promoción del PRE. En dicho mercado en el que la competencia debe realizarse sobre la base de los propios méritos, la ANCCE ha operado prevaliéndose de un reconocimiento administrativo en el mercado conexo de gestión del LGPRE.

La transmisión de datos en tiempo real es un servicio de valor añadido, sobre el que empresas como la denunciante se han abierto un hueco en este mercado. Con la imposición a las ST de la obligación de publicar los resultados en tiempo real, la ANCCE puede prestar estos servicios sin coste alguno para ella (e incluso, en ocasiones, a expensas de sus competidores), lo que le permite reforzar su posición en estos mercados, aumentar la difusión de sus contenidos y sus ingresos por publicidad, de manera irreplicable para el resto de competidores en dicho mercado, sin que la ANCCE haya aportado una justificación razonable para llevar a cabo esta exigencia.

Por todo ello, este Consejo considera, de conformidad con la DC, que la aplicación efectuada por la ANCCE de la obligación contenida en el artículo 19.2.d) del nuevo RCM 2013, que obliga a las ST a publicar los resultados online, de forma inmediata y en tiempo real, en la web www.concursosancce.com es abusiva y contraria a los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE.

- Obligación impuesta a los Comités Organizadores de ceder a la ANCCE las imágenes de los CMF para su publicación

Tampoco se justifica por necesidades relacionadas con la gestión del PRE ni la organización de los CMF la obligación impuesta a los CO de ceder a la ANCCE las imágenes de los CMF para su publicación por la Asociación. En cambio, proporciona a la ANCCE una ventaja artificial en los mercados conexos de promoción del PRE.

Si bien es cierto que los vídeos y fotografías de los concursos internacionales y las fotografías de los concursos nacionales pueden servir a la ANCCE en los cursos de unificación de criterios impartidos a los jueces, este uso privado no requiere que se le cedan además los derechos de publicación de las imágenes.

La normativa que regula el LGPRE no exige la integración de estas imágenes en la base de datos, por lo que resulta desproporcionada la imposición de la ANCCE, máxime si tenemos en cuenta que se lleva a cabo gratuitamente por la Asociación en tanto que son los CO los que asumen su coste. A ello hay que añadir que éste es un servicio de valor añadido que la ANCCE presta prevaliéndose de su posición en el mercado de ordenación de los CMF y repercutiendo su coste a los CO. Así, refuerza su posición en el mercado conexo de promoción del PRE al completar sus bases de datos con información actualizada exclusivamente por su posición de gestora del LGPRE y organizadora del Campeonato de España, frente al resto de competidores, que no gozan de esa ventaja, como MELPI e incluso frente a competidores potenciales, aumentando las barreras de entradas, pues los costes que deban afrontar éstos siempre serán superiores a los de la ANCCE. En este caso, tampoco la denunciada ha aportado una justificación razonable para la imposición de esta medida.

En consecuencia, este Consejo estima que la obligación impuesta a los CO de CMF en 2013 de ceder a la ANCCE los derechos de publicación de las imágenes de los concursos es abusiva, y por lo tanto infringe los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE.

CUARTO.- Sobre las alegaciones de los interesados a la Propuesta de Resolución

Tanto MELPI como la ANCCE presentaron alegaciones al PCH (23 de julio y 2 de agosto de 2013, respectivamente) y a la PR (22 y 25 de noviembre de 2013, respectivamente).

Las alegaciones de MELPI al PCH incidieron en (i) su falta de contratación como ST durante 2013, (ii) en el ofrecimiento gratuito, por parte de la ANCCE, tanto de su programa informático como de sus servicios como ST; y (iii) el envío, por parte de la ANCCE, de cartas a los jueces internacionales y los CO para justificar la cesión de imágenes.

En sus alegaciones a la PR, MELPI muestra su conformidad con la propuesta aunque insiste en que la gratuidad de los servicios de la ANCCE a los CO

(programa informático y personal en nómina) distorsiona la libre competencia y en la existencia de circunstancias agravantes en la conducta de la ANCCE. En este sentido considera que las modificaciones introducidas en el RCM 2013 tenían como objeto garantizar el resultado de la conducta ilícita conseguida en el 2011 y 2012 a través de la modificación del RCM 2011.

Las alegaciones de la ANCCE a la PR constituyen, en parte, una reiteración de las que efectuó al PCH y se estructuran en torno a cada una de las conductas consideradas como abusivas en la propuesta de resolución incidiendo en la falta de tipicidad de dichas conductas para ser consideradas abusivas al carecer de objeto y efectos anticompetitivos. A continuación se analizan y contestan estas alegaciones.

1) Sobre la modificación de los requisitos exigidos para acceder al mercado de ST plasmados en el artículo 23 RCM 2011

En sucesivas alegaciones incluidas en su escrito de 22 de noviembre de 2013, la ANCCE alega, por distintas razones, la ausencia de tipicidad como conducta abusiva de la modificación del artículo 23 del RCM 2011 imputada por la DC en su PR, al carecer tanto de objeto como de efectos anticompetitivos.

En primer lugar considera que la modificación de un RCM no puede ser tipificada como una infracción “*per se*” (folio 1984) prevista en los artículos 2 LDC y 102 TFUE ya que no se incluye como forma de abuso en la dicción literal de ninguno de dichos preceptos ni tampoco puede considerarse una norma arbitraria y discriminatoria que refleje un abuso de la posición de dominio que ostenta la ANCCE en la gestión del LGCPRE y de los CMF. Careciendo de este objeto anticompetitivo, la ANCCE entiende que debería de ser la “*efectiva aplicación*” (folio 1985) que se realizase de dicha norma la que permitiera llegar a dicha conclusión.

Sin embargo, la ANCCE considera que la mencionada modificación tampoco tuvo efectos anticompetitivos de ningún tipo, ya fueran estos directos sobre MELPI u otras entidades participantes en el mercado de las ST ni indirectos en el mercado de promoción del PRE.

• Ausencia de tipicidad de la modificación del RCM 2011 como conducta abusiva “*per se*” y objetivos legítimos de dicha modificación

En sus alegaciones la ANCCE considera que la conducta calificada como anticompetitiva en la Propuesta de Resolución del expediente de referencia es “*la modificación en 2011 de los requisitos exigidos por la normativa de Concursos Morfológicos de Caballos PRE para actuar como Secretaría Técnica*” y no la exclusión de MELPI de las ST de dichos concursos.

Por el contrario la ANCCE considera que la simple modificación del RCM 2011 no puede ser tipificada como una infracción de abuso de posición de dominio “*per se*” (folio 1984) al no constituir una norma arbitraria y discriminatoria aplicada desde

de la posición de dominio que ostenta la ANCCE en la gestión del LGCPRE y de la regulación de los CMF. Según la ANCCE la modificación normativa no obedece a un intento de legitimar la expulsión de MELPI -como erróneamente expone el PCH- sino que tiene por objeto velar por la correcta gestión de LGPRE.

Por ello considera que, careciendo de este objeto anticompetitivo, sólo una *“efectiva aplicación”* de la modificación normativa que tuviese efectos anticompetitivos podría permitir imputarle una conducta de abuso de posición de dominio. En un segundo apartado de sus alegaciones, la ANCCE insiste en que aun habiendo amparado la exclusión de MELPI de las ST en las modificaciones del artículo 23 RCM 2011, no puede desprenderse su carácter anticompetitivo sin que exista una aplicación posterior del mismo: *“deberá atenderse a la concreta aplicación que se efectuó de las mismas para determinar si la misma generó o no efectos anticompetitivos en el mercado”*⁶ (folio 1985).

Igualmente la ANCCE defiende que todas las modificaciones y requisitos incluidos en el RCM 2011 tenían un objetivo legítimo. Así en cuanto al primero de los requisitos, *la obligación de disponer de un programa informático homologado por ANCCE*, indica la ANCCE que *“la introducción de este requisito tuvo como objetivo, única y exclusivamente, el aumento de la eficiencia en la gestión de los datos de los CMF”* (folio 1993).

En cuanto al segundo y tercero de los requisitos, *“no haber tenido o no tener procedimientos de cualquier índole pendientes con la Asociación”* y *“no realizar actividades o actuaciones que pudieran entrar en conflicto con los fines y actividades de la Asociación”*, respectivamente, señala la denunciada que *“la inclusión de los requisitos reproducidos en el artículo 23 RCM 2011 obedece, exclusivamente, a criterios de confianza. (...) entre ANCCE, como gestora oficial del LGPRE, y la entidad que actúe como ST”* (folio 1991). En apoyo de este argumento agrega que *“El objetivo de las novedades indicadas no es más que garantizar que los datos que recibe ANCCE son fiables, verídicos e íntegros, como medida de protección del LGPRE, cuya gestión le ha sido encomendada”* (folio 1992).

En relación con la ausencia de tipicidad alegada, el artículo 2 LDC establece expresamente la prohibición de la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio. A continuación el precepto menciona a título orientativo distintos comportamientos comerciales considerados abusivos.

El principio de tipicidad en el procedimiento sancionador implica que sólo las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como infracciones por una norma de rango legal constituyen infracciones administrativas pero la doctrina ha señalado en reiteradas ocasiones que la relación incluida en el artículo 2 LDC no constituye un catálogo cerrado, por lo que otra clase de conductas pueden

⁶Subrayado añadido.

apreciarse abusivas si son realizadas por empresas dominantes y producen efectos restrictivos. La reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de febrero de 2014 señala al respecto *“El tipo sancionado en el artículo 2 lo es el abuso de posición de dominio, lo que presupone dos elementos, la existencia de una posición de dominio en el mercado de referencia y el abuso de tal posición o dependencia. Las conductas que se consideran abusivas y se explicitan en el propio precepto, lo son a título enunciativo, pues el elemento esencial lo es que la conducta sea efectivamente abusiva aun no respondiendo a alguno de los supuestos señalados por la norma.”*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2003, Tándem Transportes y Ruta Sur a la que también se ha hecho referencia, reconoce como abusivas las restricciones de la competencia efectuadas desde una posición de dominio que carezcan de justificación económica objetiva y razonable. Y, además, hace hincapié en la especial responsabilidad que recae sobre este tipo de empresas *“que sobre las empresas en posición de dominio pesa una especial responsabilidad y un deber de mayor diligencia que los que son predicables del empresario sujeto al control natural de una competencia suficiente, debido al especial perjuicio que pueden causar sus actividades a la competencia en general y al interés de sus competidores, suministradores, clientes y consumidores, en particular”*.

Por su parte, el artículo 23 RCM 2011 estipulaba lo siguiente:

“1. Podrá actuar como Secretaría Técnica de los concursos aquella persona física o jurídica que:

- *Acredite disponer de los medios materiales y humanos suficientes para cumplir las funciones propias de este cargo, entre ellos, un programa informático homologado por ANCCE.*
- *No hayan tenido obtengan procedimiento administrativo o judicial de cualquier índole pendiente con la asociación, y*
- *Que en el ejercicio de su actividad profesional o empresarial no lleven a cabo actividades o actuaciones que pudieran resultar conflictivas con los fines y actividades, especialmente en lo que se refiere a su labor de garantizar la pureza racial y velar por la conservación, mejora y fomento de la raza como entidad gestora del Libro genealógico de la raza”.* (folios 1157 a 1158).

La posición de dominio que efectivamente ostenta la ANCCE en el mercado del LGPRE y desarrollo de los CMF le obliga a establecer unas condiciones objetivas en la regulación del mismo y a actuar con la especial responsabilidad que se le

requiere. Sin embargo, como en el fundamento jurídico tercero se ha expuesto, la regulación de los requisitos para acceder a la ST ha resultado ser arbitraria y discriminatoria.

Por ello, el contenido del artículo 23 RCM 2011 “*per se*” infringe lo dispuesto en el artículo 2 LDC en la medida que, objetivamente, dicho precepto permite a la ANCCE, abusando de su posición de dominio en el mercado del LGPRE y ordenación de los CMF, excluir del mercado de ST tanto a competidores reales como potenciales. Prueba de ello ha sido la expulsión de MELPI en dicho mercado, como la propia Asociación ha reconocido a lo largo del expediente.

La actual alegación de ANCCE respecto al carácter neutro de la modificación del RCM 2011 y su ausencia de efectos directos en el mercado de las ST de los CMF resulta contradictoria con anteriores manifestaciones de la ANCCE en el expediente e, incluso, en las mismas alegaciones a la PR. En dichas manifestaciones la ANCCE había reconocido la conexión directa e inmediata entre la modificación del RCM 2011 y la exclusión de MELPI del mercado de las ST durante 2011 y 2012

Así, en el Acta de la reunión de la ANCCE con los CO el 18 de febrero de 2011, se recoge expresamente que, a raíz de la modificación del artículo 23 RCM 2011, MELPI no podrá ejercer como ST: *“A continuación procedemos a exponer las distintas modificaciones que se han propuesto en el Reglamento para 2011, haciendo especial incidencia en la que se refiere al artículo 23 del mismo, en la que se exigen una serie de condiciones para poder ejercer como Secretarías Técnicas de Concursos. Por lo que, salvo que cambien las actuales circunstancias, MELPI no podrá ejercer como tal⁷ en los concursos que se integren en El Campeonato de España del presente año”* (folio 1008).

También en respuesta al requerimiento de información de la DI de 22 de enero de 2013, relativa a la incoación de algún expediente por incumplimiento reglamentario a MELPI que justificase su exclusión del listado de ST homologadas (folio 957), la ANCCE respondió *“No, simplemente se modificó el contenido del Reglamento, resultando de tal modificación que la empresa MELPI, S.L., incumplía los preceptos⁸ contenidos en el nuevo Reglamento”* (folio 976).

Igualmente en sus propias alegaciones a la PR señala expresamente que la modificación del RCM 2011 sirvió para justificar la exclusión de MELPI: *“Resulta innegable que, con posterioridad a la exclusión de MELPI, ANCCE trató de justificarla en la nueva redacción del Reglamento 2011⁹”* (folio 1989).

Por tanto, en repetidas ocasiones, antes de la incoación del presente expediente sancionador y durante la instrucción del mismo la ANCCE ha reconocido que la modificación del RCM 2011 suponía la exclusión directa de MELPI del mercado

⁷Subrayado añadido.

⁸Subrayado añadido.

⁹Subrayado añadido.

de servicios de ST, al no cumplir los requisitos exigidos por el artículo 23 RCM 2011 para actuar como ST. Ha quedado, pues, acreditado que la ANCCE utilizó la modificación reglamentaria para excluir a MELPI del mercado de ST.

En cuanto a que debería de ser la *“efectiva aplicación”* (folio 1985) que se realizase del RCM 2011 la que permitiera determinar si la norma es o no anticompetitiva, ha de señalarse que a la hora de valorar y perseguir el abuso de posición de dominio, la Audiencia Nacional en su reciente Sentencia de 28 de febrero de 2014, ha señalado que *“El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que la conducta sea objetivamente apta para alcanzar tal fin, tenga éxito o no la misma”*.

No obstante, en este caso, dichos efectos han tenido lugar, como se ha visto. Como afirma la DC las prácticas ejecutadas por la ANCCE han producido tanto efectos directos, especialmente en relación con MELPI, como efectos indirectos sobre potenciales competidores (folios 2067 y 2068). En concreto, en relación con la exclusión de MELPI indica que *“resulta incontestable, así como el daño producido a la misma en relación con el mercado conexo, por la imposibilidad de nutrir sus bases de datos durante ese período”* (folio 2067). Estos efectos en el mercado de las ST han sido reconocidos por la propia denunciada en sus alegaciones a la PR al afirmar que *“es cierto que se ha producido la exclusión de la denunciante, MELPI, del mercado de ST”* (folio 1985).

La modificación del artículo mencionado -aplicada antes de la entrada en vigor del RCM 2011- supuso la culminación de la conducta de la ANCCE para restringir la libre contratación de ST y un intento de legitimar la exclusión de MELPI. Era obligación de la ANCCE, por tanto, haber observado su especial responsabilidad en los mercados afectados teniendo en cuenta la relevancia de MELPI tanto en el mercado de ST como en el mercado del PRE y dado el riesgo que para las condiciones de competencia en ellos suponía la utilización de este tipo de criterios arbitrarios y discriminatorios.

En su Sentencia de 15 de enero de 2010 la Audiencia Nacional desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Industrias Feriantes de Navarra contra la Resolución de la CNC de 7 de mayo de 2008 (expediente 632/07), considerando que el establecimiento de reglas con condiciones arbitrarias y no objetivas desde una posición de dominio puede ser calificado como conducta abusiva:

«La cláusula sexta del convenio entre el Ayuntamiento y la Asociación de Industriales Feriantes indica que dicha Asociación adjudicará los terrenos a los industriales feriantes "... conforme a su normativa vigente... "Las reglas de tal adjudicación se establecen -especialmente- en la cláusula tercera del Pliego de Condiciones que acabamos de citar. En principio, la adjudicación se inspira en la regla de la objetividad, al señalarse que las adjudicaciones "... como regla general...", se realizarán por orden de antigüedad, pero seguidamente, se establecen tal cantidad de excepciones a dicho principio, que las reglas de

adjudicación se convierten en arbitrarias y discriminatorias, con buen ejemplo de reglas abusivas de la posición de exclusividad en la que se encuentra la Asociación recurrente.

Hemos visto que la asociación recurrente es concesionaria en exclusiva de la gestión y explotación del recinto ferial y tiene autonomía para adjudicar los terrenos a los industriales feriantes con arreglo a su propia normativa interna. Tales notas de exclusividad en la gestión del recinto ferial y de autonomía en el establecimiento de las normas de adjudicación conforman una posición de dominio en el mercado relevante, que es el de las actividades feriales en las fiestas de la localidad de Peralta.

Así las cosas, no cabe duda que la Asociación recurrente ha llevado a cabo una conducta abusiva de su posición dominante, al establecer esas reglas de reparto y adjudicación de lotes, con criterios arbitrarios, y no objetivos, tal y como señaló la Resolución impugnada».

En una segunda alegación la ANCCE defiende el objetivo legítimo de las modificaciones efectuadas en el RCM 2011. Sin embargo el Consejo de la CNC ya señaló en su Acuerdo de 17 de octubre de 2012 que los requisitos recogidos en el artículo 23 RCM 2011 no podían considerarse “criterios objetivos ni transparentes” y que podían resultar “desproporcionados y discriminatorios”. Asimismo, indicó, en cuanto al primero de ellos, que “no cabe admitir, porque de hecho no lo hace el propio RCM, que solo pueda haber un procedimiento informático que permita una gestión de los datos compatible con el PRE. Incluso si se da por válido que la herramienta informática de ANCCE genera eficiencias y es técnicamente superior, ello no justifica que la Asociación aproveche su posición como única gestora del LGPRE para diseñar y aplicar criterios que obstaculicen la entrada de terceros” (folio 886). Se recuerda, además, que la provisión de herramientas informáticas para las ST debe prestarse en régimen de libre competencia.

La ANCCE señala que la necesidad de poseer un programa informático homologado por ella misma surgió como respuesta a la diversidad de medios para la gestión de los datos de los CMF y en orden a evitar los inconvenientes que de ello derivaban, afirmando que lo ofrecía a todo el que lo solicitara: “Esta nueva aplicación, que ANCCE facilita a todo aquél que la solicita y de manera gratuita” (folio 1993). No obstante, de los hechos probados no se deduce esto. La ANCCE no sólo no facilitó su programa a MELPI sino que ni siquiera le informó de su existencia en las diferentes ocasiones en las que MELPI solicitó su reconocimiento como ST. Así a la carta de MELPI de 18 de marzo de 2011, respondía el 31 de marzo de ese año señalando únicamente que debía “acreditar que poseen un programa informático homologado por esta Asociación” (folio 109). A la de 7 de abril ni siquiera dio respuesta y a la de 2 de junio respondió el día 6

en base a la misma argumentación «*deberán cumplir los requisitos previstos en el RCM del año 2011, entre los cuales se encuentra “acreditar que poseen un programa informático homologado por esta Asociación¹⁰»* (folio 1014). La actitud de la ANCCE se mostró, pues, opaca y discriminatoria, tal y como señala la DC en su PR, dado que ni le informó acerca de que el único homologado era el suyo propio ni se lo ofreció.

Afirma la denunciada que *“aunque la norma no detalle las características del procedimiento de homologación (porque como se viene exponiendo, resulta imposible) no puede concluirse que la misma no tenga justificación objetiva y razonable ni que sea per se anticompetitiva, habida cuenta que, desde su entrada en vigor, ningún agente ha visto su programa rechazado ni, por consiguiente, excluido del mercado de ST¹¹”* (folio 1994). Recordando las reiteradas solicitudes de homologación de MELPI como ST fechadas en marzo, abril y junio de 2011, no se puede afirmar que ningún agente haya sido excluido de este mercado tras la entrada en vigor del RCM 2011.

Como ya se ha expuesto en el fundamento jurídico tercero, en aplicación del primero de los requisitos del RCM 2011, la actuación de la ANCCE expulsó a MELPI del mercado de las ST. Este requisito adolecía de falta de objetividad y transparencia en la medida en que no existía ni un procedimiento de homologación ni unos criterios establecidos que los programas debieran de cumplir siendo, además, la propia ANCCE la responsable de homologarlos a la vez que ofrecía los suyos propios. Objetivamente, esto ya suponía un riesgo para la competencia. Pero es que, además, dicho riesgo se hizo efectivo en 2011 en el mismo momento en que la ANCCE decidió no homologar ningún programa informático distinto del suyo. A ello hay que añadir que cuando MELPI le solicitó información sobre los requisitos del programa, la ANCCE ni le indicó que debía utilizar el de la Asociación ni se lo ofreció.

En cuanto al segundo y tercero de los requisitos, como apreció la DC en su PR, la literalidad de los criterios mencionados es excesivamente amplia y de la misma no se desprende que los procedimientos judiciales o administrativos pendientes con la ANCCE o las actividades conflictivas deban de provenir de una falta de confianza entre la ANCCE y la entidad que actúe como ST en relación con los datos transmitidos, pues ello no se concreta así en la norma reglamentaria. Estos requisitos tampoco implican *per se* que los datos transmitidos sean veraces, fiables e íntegros.

No puede admitirse, por tanto, el argumento de la ANCCE relativo a la confianza en la entidad pertinente. De otro modo, cualquier entidad que no disfrutara de la

¹⁰En negrita en el documento original.

¹¹Subrayado añadido.

confianza de la Asociación podría ser apartada del mercado de las ST en base a una mera apreciación subjetiva cual es la confianza depositada en otro. Esta forma de proceder reforzaría la posición de la ANCCE, dado que podría elegir entidad basándose en meros criterios subjetivos en un mercado en el que debe regir la libre competencia, como es el de las ST. Por tanto, no pueden considerarse aquellos criterios como objetivos, razonables y no discriminatorios.

En cuanto a que la ANCCE considera que la interpretación de los preceptos que efectuaron tanto el Consejo de la CNC como la DC al *“apuntar que la posibilidad de tener conflictos en terceros mercados o que una simple relación de competencia en el mercado puede suponer la exclusión automática del mercado de ST, es aventurarse a realizar un pronóstico con suma temeridad”* (folio 1992). Esta aseveración de la denunciada se contradice con los argumentos utilizados en otro de los párrafos de sus alegaciones a la PR *“Estos fueron los motivos de la exclusión de MELPI. Tanto los procedimientos judiciales pendientes como, principalmente, el soporte prestado por MELPI para la creación de libros de registros ilegítimos que ponían en peligro la integridad del LGPRE”* (folio 1989). Dicha exclusión tuvo lugar durante todo 2011 y 2012, ya que en ese período MELPI no fue contratada como ST, siéndolo a partir de 2013 tras la Resolución del Consejo de la CNC de 24 de enero de 2013 en la que se ordenaba a la ANCCE suspender cautelarmente la modificación del RCM 2011 en lo referente a los requisitos del artículo 23.1 exigidos a las ST. Por lo que tampoco puede afirmar la ANCCE que no existe en el expediente prueba alguna de este hecho.

Por todo ello, de la regulación de los requisitos exigidos para actuar como ST durante 2011 y 2012 se desprende una actitud arbitraria y discriminatoria que equivale a un abuso. Así, la aplicación de los mismos ha servido a la ANCCE para obstaculizar la competencia en los mercados conexos de promoción del PRE, perjudicando a su principal competidor en los mismos, MELPI, como señala la DC. Motivo por el que no es posible admitir esta alegación de la denunciada.

- Ausencia de efectos anticompetitivos de la modificación del RCM 2011
 - Ausencia de efectos sobre la exclusión del MELPI en el mercado de las ST

Para reforzar sus alegaciones anteriores respecto a que las *“modificaciones reglamentarias no han servido de base para la exclusión de ningún operador en el mercado de ST”* (folio 1985) la ANCCE subraya que la exclusión de MELPI *“no se ha debido a la aplicación de los nuevos requisitos introducidos en el referido artículo 23 del RCM 2011, sino que se ha producido con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma”* (folio 1985). De este modo, insiste en que la exclusión de MELPI tuvo lugar a partir del 7 de febrero de 2011, *“en el momento de la*

exclusión, materializada en la circular de 7 de febrero, ninguna modificación reglamentaria había sido efectuada” (folio 1989) y que dichas modificaciones reglamentarias entraron en vigor en abril de 2011 “las modificaciones efectuadas en el artículo 23 RCM 2011 (...). Cuando entraron en vigor (abril de 2011)”¹² (folio 1989).

Según ANCCE sus afirmaciones anteriores respecto al incumplimiento del art. 23 del RCM 2011 por MELPI formaban parte de una mera estrategia defensiva: *“No puede negarse el que esta parte haya alegado, en justificación a la exclusión expresa de MELPI y en el marco del presente procedimiento administrativo, el incumplimiento del artículo 23 RCM 2011, pero ello ha de interpretarse como alegaciones vertidas en el marco de su estrategia defensiva desarrollada en el seno del presente expediente sancionador”* (folios 1989 y 1990)

Por el contrario ANCCE ahora alega que la razón fundamental de la exclusión de MELPI se debe a determinadas conductas llevadas a cabo por dicho operador que han ocasionado la confrontación entre ambas y la pérdida de confianza de la ANCCE hacia MELPI. En relación con dichas conductas se refiere a que: (i) *“MELPI ha venido mostrando su animadversión contra ANCCE desde que esta Asociación rescindiera el contrato en el que le encomendaba la elaboración de una herramienta informática para la gestión del LGPRE, en diciembre de 2007, y que ha dado lugar a los consabidos contenciosos”*(folio 1986); (ii) *“en la convocatoria de elecciones a la presidencia de ANCCE del año 2010, MELPI mostró su apoyo a uno de los candidatos (CONFIDENCIAL) que, al no resultar elegido, manifestó su voluntad de crear una nueva asociación que compitiese con ANCCE. Poco después, se conocía, a través de su publicación en la Web de MELPI, que el (CONFIDENCIAL) había accedido a la presidencia de la Unión de Criadores de Caballos Españoles (UCCE), a la que MELPI mostraba su afinidad”* (folio 1986); y (iii) *“al soporte prestado por MELPI en la creación y gestión de “pseudo libros” o libros de registro paralelos --como el PRE MUNDIAL de la Foundation for the Pure Spanish Horse”.Y añade que estos fueron los motivos de exclusión de MELPI dado que “Estos hechos generaron una lógica pérdida de confianza en la empresa sevillana que concluyó en su expulsión del mercado de ST”* (folio 1989).

En relación con que la exclusión de MELPI tuvo lugar con anterioridad a la entrada en vigor del RCM 2011, sin que las modificaciones reglamentarias introducidas en el artículo 23 de aquél sirvieran de base para ello, este Consejo entiende que de los hechos acreditados se deduce lo contrario.

Así, dicha modificación reglamentaria tuvo lugar antes de la Circular de 7 de febrero de 2011. Ya el 13 de enero de 2011 en el Acta de la reunión de la Comisión de Control y Seguimiento de CMF se aprobaba la modificación del artículo 23 RCM 2011 (folio 989).

¹²Subrayado añadido.

Ese mismo día, en el Acta de la reunión del Comité ejecutivo de la ANCCE se recogía su ratificación y se acordaba su difusión: *“Se acuerda por unanimidad aprobar el referido Reglamento acordándose asimismo difundir los principales cambios para facilitar a los organizadores el planteamiento y programación de los distintos concursos (folio 1025)”*.

En respuesta al requerimiento de información de la DI de 15 de diciembre de 2011 sobre la fecha de aprobación del RCM 2011, la ANCCE contestó *“En el Reglamento de 2011, las primeras modificaciones, entre las que se incluyen la de los art. 16 y 23, se aprobaron en la reunión celebrada el día 12 de Enero de 2011, ratificada por Comisión Ejecutiva el 13 de Enero del mismo año. Estas modificaciones fueron posteriormente ratificadas por la Asamblea General de ANCCE celebrada el 21 de Mayo de 2011. Debemos señalar que en los Estatutos Sociales de ANCCE se faculta al Comité Ejecutivo y a la Junta Directiva para la aplicación de determinados acuerdos a expensas de su ratificación por la Asamblea¹³”* (folio 483).

Esto es, el 13 de enero de 2011 se acordaba no sólo la aprobación de las modificaciones del RCM 2011 -entre ellas, la de su artículo 23- sino también su difusión. Y ello a pesar de no haber sido ratificadas éstas aún por la Junta Directiva de la ANCCE, que es cuando, en función de lo dispuesto en la disposición derogatoria del RCM 2011 entraría en vigor el reglamento y cuando la ANCCE así lo considera en sus alegaciones a la PR (folio 1989). No obstante, según la propia denunciada, desde esa fecha tanto el Comité Ejecutivo como la Junta Directiva podían aplicar lo dispuesto en el artículo 23 RCM 2011 sin necesidad de obtener su ratificación asamblearia (folio 483).

En la respuesta de la ANCCE al requerimiento de información de la DC de 22 de enero de 2013 se indica que *“La modificación del Reglamento entró en vigor al comienzo de la temporada de concursos clasificatorios para el Campeonato de España 2011, concretamente, el mismo día que fue comunicada a los Comités Organizadores. Tras el acuerdo de los órganos de gobierno de ANCCE, estando pendiente la ratificación Asamblearia”* (folio 975). Dicha reunión tuvo lugar el día 18 de febrero de 2011.

No puede admitirse, pues, que en el momento de la exclusión, según la ANCCE materializada en la circular de 7 de febrero, no había sido efectuada ninguna modificación reglamentaria ni que la misma no pudiera ser aplicada por sus órganos directivos antes de su entrada en vigor según el reglamento. Tampoco puede aducirse que dicho artículo no fuera aplicado con anterioridad a su aprobación por su Junta Directiva: *“las modificaciones se produjeron con carácter posterior, concretamente en Junta de 14 de abril del mismo año”* (folio 1001). Máxime cuando ese mismo día 18 de febrero la ANCCE reconocía ante los CO que *“A continuación procedemos a exponer las distintas modificaciones que se*

¹³Subrayado añadido.

han propuesto en el Reglamento para 2011, haciendo especial incidencia en la que se refiere al artículo 23 del mismo, en la que se exigen una serie de condiciones para poder ejercer como Secretarías Técnicas de Concursos. Por lo que, salvo que cambien las actuales circunstancias, MELPI no podrá ejercer como tal en los concursos que se integren en el Campeonato de España del presente año¹⁴" (folio 1008).

Estos reconocimientos expresos por parte de ANCCE respecto a la entrada en vigor del RCM 2011 impiden aceptar la alegación presentada respecto a la vigencia y aplicación del artículo controvertido, efectuada una vez notificada la PR. Mientras que durante todo el expediente ha mantenido como fecha de entrada en vigor de las modificaciones del RCM 2011 el 18 de febrero de 2011 ahora, cambiando de estrategia, expone que la misma no tuvo lugar hasta la aprobación de las mismas por su Junta Directiva, el 14 de abril de 2011.

Sin embargo, lo cierto es que fue a continuación de esta reunión, el 18 de febrero de 2011, cuando varios CO cancelaron los acuerdos con MELPI para los CMF de 2011 como así lo demuestran las cartas de diversos CO dirigidas a MELPI.

Según consta en el expediente, mediante carta de 14 de marzo de 2011, el Presidente de ECVAl-FIECVAl le comunicaba a MELPI esto mismo "Debido a la prohibición de ANCCE, de contrataros como Secretaría Técnica para nuestro concurso morfológico de Pura Raza Española, FiecvAl 2011, Il Campeonato de Europa PRE, y siendo nuestra obligación preservar los derechos de los ganaderos participantes, en lo referente a la homologación de los resultados de este concurso para clasificarse para el Campeonato de España, nos vemos en la obligación de no poder contar con vuestros servicios¹⁵" (folio 166).

Mientras que el Director Gerente de IFEPA lo hacía a través de carta fechada el 18 de marzo de 2011 "En la reunión celebrada en Sevilla el día 18 de febrero 2011 de comités organizadores convocada por ANCCE, se nos comunicó a todos los comités organizadores que la Dirección Técnica de los concursos, no se podía hacer a través de la firma Melpi, S.L¹⁶; de ser así los caballos juzgados no se podrán clasificar para la final del campeonato de España, con lo cual optamos por no poder contratar sus servicios, en espera de poder hacerlo una vez que Uds. resuelvan el problema con ANCCE" (folio 165).

Por otro lado, con respecto a la aplicación de la modificación del artículo 23 RCM 2011 con anterioridad a la entrada en vigor de éste, la respuesta de la ANCCE al requerimiento de la DI de 15 de diciembre de ese año constituye prueba de ello.

¹⁴ Subrayado añadido.

¹⁵ Subrayado añadido.

¹⁶ Subrayado añadido.

Así, preguntada por los motivos que le habían llevado a excluir a MELPI de las ST de los CMF y por cuándo podría MELPI volver a prestar servicios de ST, la ANCCE respondió que: “ANCCE con fecha 7 de Febrero de 2011, justo antes del inicio del Calendario que regulaba el nuevo año de Concursos Morfofuncionales, dado el incumplimiento de los requisitos reglamentarios (art. 16 y 23 del Reglamento de Concursos Morfofuncionales)”¹⁷ en los que incurría MELPI, no hace otra cosa que comunicar a todos los Comités Organizadores la imposibilidad de que MELPI pueda desarrollar su actividad como Secretaría Técnica de cualquier Concurso integrado en el Campeonato de España ANCCE” (folio 479).

No es posible admitir, pues, que la exclusión de MELPI no sea consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 23 RCM 2011, tal y como la ANCCE pretende (folio 1985). Su respuesta a los requerimientos de información de la DI de 2 de agosto, 24 de agosto y 15 de diciembre de 2011 y 31 de enero de 2013 muestran lo contrario: “Si MELPI no está incluida en el Listado es consecuencia directa de la no presentación en tiempo y forma de su solicitud y, en su caso, no reunir los requisitos que reglamentariamente han sido establecidos en el art. 23 del Reglamento” (folio 262); “Si MELPI no está incluida en el Listado es consecuencia de la no presentación de su solicitud y, en su caso, no reunir los requisitos reglamentariamente establecidos. Señalamos que MELPI es quien voluntaria e intencionadamente no cumple las condiciones establecidas en el Reglamento” (folio 263); “De conformidad con lo establecido en los art. 16 y 23 del Reglamento de Concursos Morfofuncionales, tras comprobar la concurrencia de los supuestos y circunstancias previstas en los mismos, ANCCE adopta el acuerdo de no homologar a MELPI. Esta decisión es consecuencia directa de estarse cumpliendo los presupuestos establecidos en los mencionados artículos para la no homologación de un solicitante para actuar como Secretaría Técnica” (folio 479); y “No se otorgó opción a MELPI de realizar alegaciones, ya que de forma flagrante y notoria incumplía el tenor literal del artículo 23 del Reglamento de Concursos Morfológicos” (folio 976), respectivamente.

El Acta de 14 de abril de 2011, en la que se recoge la aprobación por la Junta Directiva de la ANCCE de la modificación del artículo 23 RCM 2011, en la que se expone igualmente que “Se ha recibido un escrito de MELPI solicitando la homologación como Secretaría Técnica, pero a tenor de las modificaciones que se han introducido en el Reglamento del presente año por la Comisión de Concursos, MELPI incumple los requisitos establecidos”¹⁸, por lo que se procede a denegar la homologación” (folio 1004), constituye otra prueba más de su aplicación del RCM 2011 para justificar la exclusión de MELPI del mercado de ST. La ANCCE no puede negar, pues, que dicha exclusión no fue una consecuencia directa de la modificación sufrida por el RCM 2011 en su artículo 23.

¹⁷Subrayado añadido.

¹⁸Subrayado añadido.

Es más, ése ha sido el argumento que ha venido utilizando hasta la presentación de las alegaciones a la PR para no proceder a la homologación de MELPI como ST. Por ello, no es posible admitir que, en sus alegaciones a la PR, la ANCCE afirme, en relación con esta línea argumentativa que ha venido utilizando hasta ahora, que simplemente formaba parte de su estrategia defensiva (folios 1989 y 1990). Por tanto, no es admisible la alegación de la ANCCE en relación con que la exclusión de MELPI no tuvo lugar a raíz de la modificación del artículo 23 RCM 2011 en tanto que fue anterior a la entrada en vigor de éste.

En cuanto a que la razón fundamental de dicha exclusión fueron determinadas conductas llevadas a cabo por MELPI que han ocasionado la confrontación de ambas y la pérdida de confianza de la ANCCE hacia MELPI.

La especial responsabilidad exigida a una empresa en posición de dominio la obliga a mantener su esfuerzo competitivo, reaccionando con eficacia a las acciones de sus competidores. La actitud de la ANCCE no parece demostrar una reacción eficaz en el mercado de las ST cuando justifica la exclusión de MELPI de un mercado que ha de funcionar conforme a las reglas de la libre competencia, cual es el de servicios de ST, alegando conflictos particulares con la misma. El carácter de dichos conflictos es reconocido por la propia denunciada *“Es decir, el foco de la exclusión de MELPI lo constituyen una serie de conflictos privados”* (folio 1989). Pero no sólo eso, sino que alega asimismo, como consecuencia de lo anterior, una pérdida de confianza en MELPI, apreciación subjetiva que impediría participar como ST a cualquier entidad que, en función de la ponderación personal que la ANCCE efectuara de los conflictos privados entre ambas, no disfrutara de su confianza. No nos encontramos, pues, ante valoraciones objetivas de una manifiesta ilegalidad que justifiquen el trato discriminatorio dado a MELPI.

Tras apuntar a estos contenciosos y a la participación de MELPI en “libros de registro paralelos como causas de exclusión de MELPI del mercado de las ST, reflejados en los requisitos segundo y tercero del artículo 23 RCM 2011: *“Estos fueron los motivos de la exclusión de MELPI. Tanto los procedimientos judiciales pendientes como, principalmente, el soporte prestado por MELPI para la creación de libros de registros ilegítimos”* (folio 1989), la ANCCE señaló después, dentro de las mismas alegaciones a la PR pero en un apartado diferente (1.2.1) que *“esta parte considera que la interpretación que de dicha redacción realizaba el extinto Consejo, y que comparte la Dirección de Competencia, al apuntar que la posibilidad de tener conflictos en terceros mercados (...) puede suponer la exclusión automática del mercado de ST, es aventurarse a realizar un pronóstico con suma temeridad”* (folio 1992).

Sin embargo, no parece ser así cuando, con esta forma de proceder, la ANCCE no sólo obstaculizó e impidió la entrada de MELPI en el mercado de ST sino que propició el refuerzo de su posición de dominio y su participación como ST en CMF

a partir de 2011, cuando hasta esa fecha no prestaba dichos servicios. Como en los hechos acreditados se ha expuesto, en los CMF celebrados durante 2011 y 2012 MELPI no llevó ninguna ST, mientras que la ANCCE en 2011 se hizo cargo de la ST de la final del Campeonato de España (SICAB) y en 2012 de las ST de seis concursos. Así, a pesar de que la ANCCE afirmó no realizar funciones de ST en ningún CMF en su respuesta de 24 de agosto de 2011, las de 5 de febrero y 10 de junio de 2013 (folios 977-979 y 1293-1295) dejan entrever que tras la exclusión de MELPI, la ANCCE se convirtió en una de las principales prestadoras de estos servicios en España, como señala la DC en su PR (folio 2033).

MELPI demostró objetivamente su capacidad para llevar a cabo la ST de los CMF en los que participó desde 1994 hasta 2010. Tal y como se ha expuesto en los hechos acreditados, entre 1994 y 2010, mientras fue el FESCCR el encargado de gestionar el LGPRE, MELPI participó ininterrumpidamente en el mercado de las ST y entre 2007 y 2010 llevó la ST de 19 CMF nacionales y 1 internacional. La ANCCE indica que es a partir de diciembre de 2007 cuando MELPI mostró su “animadversión” contra la ANCCE. La gestión del LGPRE se había encomendado en exclusiva a la ANCCE en enero de ese mismo año.

Tal y como el Consejo de la CNC consideró en su Acuerdo de 17 de octubre de 2012 *“Al margen de los conflictos particulares que haya podido protagonizar con MELPI, el Consejo tiene serias dudas de que la manera en que ANCCE ha establecido y aplicado los requisitos para poder actuar como Secretaría Técnica pueda considerarse objetiva, transparente y no discriminatoria”* (folio 883). Pues si bien *“entre MELPI y la ANCCE existían diversos contenciosos, en ningún momento MELPI incurrió en una situación de manifiesta ilegalidad que justificara el trato discriminatorio recibido por la Asociación”*, como apunta la DC en su PR.

En conclusión, no es posible aceptar la alegación de la ANCCE en cuanto a que la exclusión de MELPI constituyó un hecho anterior y no relacionado con la conducta calificada como anticompetitiva, esto es, la modificación del artículo 23 del RCM 2011. Se recuerda que en sus alegaciones al PCH la propia ANCCE afirmaba con rotundidad: *“Este fue el motivo de que no se homologasen los concursos en los que MELPI participara como ST y así se comunicase a los CO, en un primer término, mediante la publicación en la Web de ANCCE de la circular de 7 de febrero de 2011: MELPI no cumplía con los requisitos reglamentarios”* (folio 1486).

- Sobre la obligación de utilizar el programa en exclusiva a partir de enero de 2011 y los supuestos beneficios obtenidos derivados de la utilización exclusiva de su programa y de la expulsión de MELPI del mercado de ST

En cuanto a la obligación de utilizar en exclusiva el programa a partir de 2011 y la expulsión de MELPI del mercado de ST, la ANCCE alega que *“en ningún momento, ANCCE ha impuesto la utilización exclusiva de su programa”* (folio 1995). Fundamenta que lo ofreció gratuitamente e impartió cursos de formación en tanto que *“herramienta adecuada para una gestión óptima”* (folio 1995) de los CMF, sin rechazar el resto de programas.

Añade que no se presentó ninguna solicitud de homologación de otro programa informático y que no existe prueba alguna de que haya emitido una negativa injustificada ante una solicitud de este tipo. Y, en relación con los efectos en el mercado de las ST, afirma que el hecho de facilitar su programa gratuitamente abre el mercado a la participación de nuevos competidores.

Sin embargo, los hechos probados no permiten llegar a estas conclusiones.

Entre los requisitos que el artículo 23 RCM establece para poder actuar como ST se encuentra el *“disponer de medios materiales y humanos adecuados y suficientes, entre ellos un programa informático homologado por ANCCE”*.

Preguntada la ANCCE, mediante requerimiento de información de la DI de 15 de diciembre de 2011, por esta homologación de los programas informáticos a la que hace referencia el precepto mencionado, su respuesta de 5 de enero de 2012 es categórica *“Desde Enero de 2011 el único programa homologado para los Concursos que integran el Campeonato de España organizado por ANCCE es el diseñado por nuestra Asociación en colaboración con SADIEL”* (folio 482).

Y cuando la DI le requiere información, el 2 de agosto de 2011, sobre los requisitos que dicho programa debe cumplir para obtener la homologación del mencionada (folio 229), responde que *“ANCCE ha redactado y homologado su propio programa informático de conformidad con las competencias delegadas que ha recibido del Ministerio, y así lo hace desde el año 2007, fecha en la que ANCCE es reconocida oficialmente como entidad gestora del “LG” (...)”* (folio 256), sin concretar los requisitos a cumplir. Además, no sólo no los concreta sino que afirma que *“no existe un procedimiento de homologación”* (folio 256). Por tanto, ni especifica las necesidades a cumplir por los programas informáticos que ella misma debe homologar ni el procedimiento a través del cual debe hacerlo.

En referencia a la homologación de otros programas informáticos (folio 230), en su respuesta no hace referencia a ningún otro programa que haya homologado (folio 257), por lo que se deduce que la ANCCE únicamente considera homologado su propio programa.

Como ya se ha expuesto en el fundamento jurídico tercero, no sólo no se fijan criterios objetivos y transparentes sino que los mismos no parecen ser

proporcionados cuando considera que sólo su programa cumple los requisitos exigidos. Como advirtió el Consejo de la CNC en su acuerdo de 17 de octubre de 2012 *“debe subrayarse el riesgo que encierra para la libre competencia el que una entidad que ofrece sus propias herramientas informáticas a las Secretarías Técnicas sea a la vez quien homologa las que pueden proveer terceros”* (folio 884).

Tampoco es justificación suficiente el que, según la ANCCE, dicho programa genere eficiencias relacionadas con la unificación de criterios en el tratamiento informático de datos, la apertura del mercado a terceros o la cesión gratuita del mismo, como ya se ha expuesto.

El hecho de que el único programa homologado sea el propio de la ANCCE, siendo ella misma la encargada de dicha homologación, no indica una apertura de dicho mercado a terceros competidores, sino más bien, todo lo contrario.

En este sentido, cabe recordar que cuando MELPI solicitó a la ANCCE su homologación para la realización de ST de CMF el 18 de marzo de 2011, la ANCCE respondió que para actuar como ST *“deberán acreditar que poseen un programa informático homologado por esta Asociación”* (folio 109). Sin embargo, nada añadió acerca de los requisitos necesarios para proceder a la homologación o el procedimiento a seguir para ello y tampoco hizo referencia a que el único homologado hasta ese momento era el suyo ni a que lo ofrecía gratuitamente, como observa la DC. No obstante, la ANCCE asegura que *“ha puesto a disposición de todas las entidades que ejercen de Secretarías Técnicas de Concursos y cumplen los preceptos Reglamentarios su programa de concursos de forma gratuita”* (folio 482), pero cuando la DI le pregunta acerca de la razón por la que la ANCCE no cede a MELPI su programa como al resto de ST (folio 483), su respuesta fue *“Si ANCCE no ha dado el programa a MELPI es porque nunca así lo ha solicitado, es decir, MELPI ha solicitado su homologación de forma repetida como Secretaria Técnica pero nunca ha solicitado el programa”* (folio 483). Es evidente que MELPI no podía solicitar un programa de cuya existencia nunca fue informada.

La actitud que adoptó la ANCCE no fue, por tanto, lo transparente que debiera ser por parte de una empresa que ostenta una posición de dominio en el sector. Esto se ve agudizado al reiterar MELPI a la ANCCE, mediante escrito de 7 de abril de 2011, ser incluida en el listado de ST manifestándole que en 2009 y 2010 fue incluida sin necesidad de que se evaluara su programa, que el RCM no contenía criterios objetivos de homologación de programas informáticos y que a ninguna de las ST homologadas para 2011 se le había exigido la homologación de su programa informático, haciendo referencia a la cesión gratuita a las mismas del programa de la ANCCE por parte de ésta. MELPI no obtuvo respuesta de la ANCCE por lo que volvió a solicitar su inclusión en el listado el 2 de junio de 2011

al que la ANCCE respondió reiterando que necesitaba acreditar que disponía de un programa informático homologado por ella. Ante ello, MELPI solicitó información sobre los requisitos a cumplir por el programa y la ANCCE le insistió en que debía reunir los requisitos previstos en el artículo 23 RCM. No es cierto, pues, como expone en sus alegaciones a la PR, que la ANCCE “*consciente del gasto que supone la creación ad hoc de un programa informático de tales características, convino ofrecer el suyo, de manera totalmente gratuita, (...) a todo aquél interesado en su uso, ya fueran Comités Organizadores (en adelante, CO) o Secretarías Técnicas*” (folio 1995). Ha quedado acreditado que la ANCCE no proporcionó su programa a todos los interesados en prestar los servicios de ST, pues con MELPI no lo hizo. Su actitud fue, pues, opaca y discriminatoria, como manifiesta la DC en su PR, y deja entrever su intención de obstaculizar o excluir la actividad de MELPI, uno de los principales prestadores de servicios de ST.

Tal y como ya señaló el Consejo en su Acuerdo de 17 de octubre de 2012 y comparte la DC, “*obstaculiza la entrada de aquellas empresas que quieran actuar como Secretaría Técnica con su propio software y aprovechar las sinergias que ello conlleva para prestar servicios en mercado conexos como el de la promoción del PRE*” (folio 885). Y ello es así porque aunque la ANCCE asegura que “*facilita su programa a cualquier interesado y, además, lo hace de forma totalmente gratuita*” (folio 1996), lo cierto es que a MELPI no sólo no se lo ofreció, sino que ni siquiera le informó de su existencia.

Por último, ha de tenerse en cuenta que la ANCCE procedió a elaborar un nuevo reglamento, el RCM 2013, en el que eliminaba todas las referencias a la homologación de programas informáticos justo tras conocer la Resolución del Consejo de 24 de enero de 2013 en la que éste intimaba a la ANCCE a suspender los requisitos exigidos a las ST en el artículo 23 RCM 2011.

Por todo ello, las alegaciones de la ANCCE en relación con su programa informático no pueden ser admitidas.

2) Sobre las obligaciones introducidas en el RCM 2013

Al igual que con respecto a la modificación del RCM 2011, en sus alegaciones a la PR, ANCCE cuestiona el carácter abusivo imputado a las obligaciones introducidas en la modificación del RCM 2013.

- Sobre la obligación de las ST de publicar en tiempo real los resultados de los concursos en la web de ANCCE

Con respecto a esta obligación la ANCCE rechaza su carácter abusivo y considera que la publicación en tiempo real de los CMF en su página web www.concursoancce.com se encuentra justificada tanto en la función gestora del

LGPRES como en la función de promoción del PRE que recae igualmente sobre la asociación.

Con respecto a la gestión del LGPRE ANCCE reconoce que, en la misma, la veracidad y coherencia de los datos que se incluyen en el Libro resulta más importante que su disponibilidad inmediata, pero ello no obsta para que se incluya dicha obligación de publicación en tiempo real en el RCM 2013: *“el hecho de que la publicación en tiempo real de los resultados de los CMF sea menos importante que su veracidad y coherencia no impide que, con fundamento en la función gestora del LGPRE que ostenta se deriven razones de peso que justifiquen la obligación prevista por ANCCE en el artículo 19.2 d) Reglamento 2013”* (folio 1998).

Igualmente considera que dicha obligación también se justifica en la obligación que sobre ella recae en relación con la promoción del PRE *“como entidad que tiene encomendada la representación y defensa del sector económico correspondiente al PRE, cualquier actividad que contribuya a mejorar su promoción y que esté a su alcance debe ser llevada a cabo por ANCCE”* (folio 2002).

Es más, insiste en que este tipo de medidas son importantes tanto para *“contribuir a la promoción del PRE”* (folio 2002) como para abrir ese mercado a terceros *“Con ello se consigue igualmente abrir el mercado de promoción del PRE, permitiendo a competidores actuales o potenciales crear sus propias bases de datos sin necesidad de desplazarse hasta el lugar de celebración del CMF, sirviéndose de los resultados hechos públicos a través de la Web de ANCCE”* (folio 2003). Y añade que para ello pone su programa a su disposición sin hacerlo prevalecer sobre cualquier otro.

Por otro lado la ANCCE cuestiona la acreditación en el expediente de la exigencia de publicar online en tiempo real los resultados de los concursos en su web, al afirmar que desconoce *“en qué basa la Dirección semejante conclusión por la que tiene por acreditada la exigencia por ANCCE de la publicación inmediata de los resultados. Esto es completamente falso y no existe actuación alguna en el expediente que permita concluir en tal sentido”*.

Por último, subraya que **“es importante destacar que con la obligación introducida ni se perjudica ni se pretende perjudicar a cualesquier agentes económicos que, como MELPI, a cambio de una contraprestación económica, se valgan de un sistema a través del cual ofrecen al público interesado los resultados de los CMF justo en el momento de su determinación por los jueces¹⁹”** (folio 1999).

¹⁹Subrayado y negrita en el documento original.

Las anteriores alegaciones no invalidan la valoración de la obligación como abusiva descrita en el fundamento de derecho tercero.

En primer lugar, con respecto a la falta de acreditación en el expediente de la exigencia de publicar online en tiempo real los resultados de los concursos en su web, la carta de la ANCCE de 14 de marzo de 2013 dirigida al responsable de la Secretaría Técnica del concurso de Torrepacheco demuestra lo contrario. En ella, la asociación insta a incorporar de forma inmediata la información solicitada en su web reglamentaria: *“Que la persona responsable de la Secretaria del Concurso que ha dado comienzo en el día de hoy, 14 de Marzo de 2013, en la ciudad de Torre Pacheco (Murcia), proceda a incorporar de forma inmediata toda la información que se está generando con motivo del desarrollo de las distintas secciones de este concurso Integrado en el Campeonato de España ANCCE, de forma "on line" en la web de ANCCE para público conocimiento cosa que hasta el presente momento no ha sucedido. Siendo esta una obligación recogida en el artículo 19 del Reglamento de Concursos Morfológicos 2013”* (folio 1095).

Tampoco puede aceptarse la justificación de la obligación de publicación en tiempo real de los resultados de los CMF en la función gestora del LGPRE ya que, como advirtió la DC tanto en el PCH como en la PR dichos servicios pertenecen al ámbito de la promoción del PRE, mercado abierto a la competencia. Como señala la DC, la exhibición online inmediata o cuasi inmediata de los resultados de un concurso es un servicio adicional no incardinado ni en el mercado de gestión del LGPRE ni de ordenación de los CMF ya que su finalidad es aumentar el conocimiento, atractivo de información y el interés por el PRE. La propia ANCCE lo reconoce expresamente en su escrito de alegaciones a la PR *“Por ello, y dado que la tecnología actual lo permite, el acceso por ANCCE a los resultados de los CMF y su puesta a disposición del público de forma gratuita y con más antelación se configuran como importantes medidas a tomar para contribuir a la promoción del PRE”* (folio 2004).

Sin embargo, como se analizó anteriormente, la promoción del PRE es un mercado abierto a la competencia donde una empresa en posición de dominio en un mercado conexo, cual es el de gestión del LGPRE, no puede ampararse en la misma para establecer obligaciones injustificadas que la benefician directamente en su actividad en el mercado descendente. Sin embargo, mediante la obligación de publicación online inmediata impuesta en el RCM 2013 (para la que ofrece su programa de forma gratuita y repercute el coste de los servicios en los CO) ANCCE alimenta sus bases de datos a expensas de otros operadores reforzando así su posición de dominio. La mayor difusión del concurso no implica necesariamente imponer a todas las ST la transmisión online y en tiempo real de los datos del mismo ni que ello deba de estar auspiciado por la ANCCE en su web al tratarse de un mercado regido por la libre competencia.

La ANCCE no puede afirmar que no perjudica ni pretende perjudicar a terceros, pues como ya señalaba la DI en el PCH, esta obligación impuesta a las ST permite a la ANCCE tanto reforzar su posición en el mercado del PRE como ampliar la difusión de sus contenidos e ingresos por publicidad de forma irreplicable para el resto de competidores, sin coste alguno para ella o incluso a expensas del resto de operadores en ese mercado, incluido MELPI. La propia ANCCE, en sus alegaciones a la PR, revela su deseo de erigirse como punto de referencia en este mercado, dotando a la información que pone a disposición en su web de la integridad y veracidad que cuestiona en la información que otros operadores exponen. Así, afirma que *“mediante la publicación de los resultados de los CMF en su Web otorga a los mismos una cierta oficialidad (...) por esto es importante proporcionar al público interesado una alternativa que bien podría calificarse como “oficial” (...) a través de la cual podrían cotejarse los resultados a los que se ha tenido acceso a través de una o varias bases de datos distintas a la de ANCCE y tituladas por entidades ajenas a la gestión del LGPRE y a la ordenación de los CMF. En el caso de que los resultados concordasen, el interesado adquiriría certeza acerca de su integridad y veracidad”* (folio 2004).

Por tanto, en la medida en que estas actuaciones por parte de la ANCCE refuerzan su posición de dominio en el mercado del PRE, son abusivas y no responden a las funciones que como gestora del LGPRE y los CMF tiene encomendadas, las alegaciones efectuadas en este sentido no puedan ser admitidas.

- Sobre la obligación de los CO de CMF de ceder a la ANCCE todo el material gráfico, y sus derechos de publicación, de los concursos

En sus alegaciones a la PR, la ANCCE rechaza el carácter abusivo de esta obligación impuesta en el RCM 2013. Según la ANCCE la obligación de los CO de CMF de ceder a la ANCCE todo el material gráfico, y sus derechos de publicación es sufragada por los CO sin que se cause perjuicio alguno a las ST.

La ANCCE insiste en sus alegaciones en que el origen de dicha obligación reside en las propias peticiones de los CO *“que solicitaron mayor difusión mediática para los CMF de 2013, cediendo, con este objeto, el material gráfico que recogen en sus respectivos CMF”* (folio 2005). En sus alegaciones al PCH aportó como prueba de ello declaraciones de 41 CO en las que éstos certificaban la cesión voluntaria de las imágenes obtenidas en los CMF a la ANCCE.

La ANCCE justifica la obligación en estas peticiones y en su eficiencia como medida de promoción del PRE señalando que *“ANCCE únicamente pretendía satisfacer las peticiones de los CO, entendiendo que la difusión del material*

gráfico a través de su Web se trataba de una medida eficiente para la promoción del PRE, sin reparar en si podría o no reforzar su posición en el mercado del PRE” (folio 2005). También señala que la cesión impuesta era “irrelevante” ya que, en ausencia de la misma, las imágenes habrían sido “igualmente, cedidas por los CO a ANCCE” (folio 2006).

En anteriores respuestas a requerimientos de información (respuesta de 7 de junio de 2013, folio 1290) la ANCCE afirmó que *“La obligación establecida en la referida circular --grabación de los concursos y obtención de fotografías del mismo-- tiene su reflejo en el artículo 11.1 apartado b) 6 del Reglamento de Concursos Morfológico Funcionales de 2013 (RCM 2013)”. Igualmente rechazó la posible cesión del copyright y/o los derechos de uso, publicación y reproducción de las imágenes; en el requerimiento de información de la DI de 27 de mayo de 2013 (folio 1274), la ANCCE respondió que “En principio, los Comités Organizadores ceden únicamente los derechos de reproducción y de comunicación pública de los mencionados documentos gráficos, ya que ANCCE solicita los mismos para su publicación en la web www.concursosancce.com a meros efectos informativos” (folio 1291).*

Las alegaciones presentadas no pueden ser estimadas. De los hechos acreditados se desprende que la Circular de 29 de enero de 2013 obligaba a los CO de CMF de categoría internacional a *“grabar los concursos y poner a disposición de la ANCCE copia de la mencionada grabación. Asimismo, deberán disponer de fotografías de todo el concurso”* añadiendo que *“su aportación es condición indispensable para mantener la categoría del concurso”* (folio 1088).

Mediante esta cesión obligatoria de imágenes la ANCCE puede integrar las mismas con la información contenida en las bases de datos del LGPRE, reforzando su posición en el mercado de la promoción PRE mediante una obligación no exigida por la normativa que regula el LGPRE. Si bien el artículo 11 RCM 2013 exige a los organizadores de CMF internacionales disponer de la infraestructura necesaria para grabaciones en vídeo y fotografías y a los nacionales la suficiente para tomar fotografías (folios 1214 y 1215), no establece en ningún momento la obligación de ceder dichas imágenes a la ANCCE ni los términos de dicha cesión, como señala la DC.

Las alegaciones de la ANCCE tampoco permiten acreditar que el origen de la cesión de imágenes se encuentre en las peticiones de los CO. Como ya señaló la DC en la PR *“la identidad absoluta de todas las declaraciones de los CO evidencian que su redacción y composición procede de la propia Asociación, habiendo sido rellenado por los CO solamente los espacios en blanco referidos a los datos personales, localización y fecha”* (folio 2005). Así lo reconoce la propia ANCCE en sus alegaciones a la PR *“Obviamente, la redacción de las mismas fue configurada por ANCCE”* (folio 2006). De esas 41 declaraciones, 39 datan de 4 de

julio de 2013. Idéntica fecha que muestran todas las declaraciones de los jueces de CMF (10), aportadas igualmente por la ANCCE, en la que aquéllos manifiestan mantener reuniones periódicas en las que no les sería posible llevar a cabo las funciones que tienen asignadas sin las imágenes recabadas en los concursos (folios 1654-1663). Esto es, ambos tipos de declaraciones constan fechadas justo un día antes de que la DI notificara el PCH a los interesados.

Este Consejo entiende, por tanto, que estos documentos no pueden desvirtuar la obligación impuesta en la Circular de 29 de enero de 2013 a todos los CO a cederle para ceder a la ANCCE todo el material gráfico, y sus derechos de publicación, de los CMF. Dicha Circular exponía claramente que la *“aportación es condición indispensable para mantener la categoría del concurso”* (folio 1088). Dada esta *“obligación”* y *“condición indispensable”* resulta cuestionable la libertad de los CO en su firma y, por tanto, la voluntariedad con la que la han efectuado. Máxime si tenemos en cuenta las características y fechas de las cartas de los CO y jueces aportadas por la ANCCE mencionadas en el párrafo anterior.

Tampoco resulta acreditado el carácter irrelevante de la cesión impuesta en enero de 2013, alegado por la ANCCE. Si la cesión de imágenes se hubiera producido voluntariamente, como alega la ANCCE, en ausencia de la obligación expresada en la Circular este Consejo no entiende, entonces, la razón por la que la ANCCE se vio obligada a exigir dicha cesión en una Circular. Además, no puede obviarse que la ANCCE, en sus alegaciones al PCH, mostró su disposición de suprimir la obligación de ceder el derecho de publicación (folio 1498). Y que ella misma entra en contradicción con sus propios argumentos al reconocer en sus alegaciones a la PR que *“la configuración de la cesión de las imágenes y vídeos como una obligación puede resultar un tanto excesiva y desproporcionada”*²⁰ (folio 2005).

En consecuencia, este Consejo entiende, de conformidad con la DC, que la forma de proceder de la ANCCE no sólo vulnera la autenticidad y veracidad de las manifestaciones que pretende aportar como pruebas sino que tampoco puede justificar la conducta analizada, la cual le aporta una ventaja importante en el mercado conexo de promoción del PRE.

La ANCCE afirma que esta obligación no causa perjuicio alguno a las ST por ir dirigida a los CO que son los que asumen los costes de estos servicios. Sin embargo, el argumento de la ANCCE de que es en beneficio de los propios CO y a iniciativa de éstos, no sólo no ha quedado acreditado sino que no justifica la imposición de una obligación tan gravosa y desproporcionada. Esto es así en la medida en que, como ya se ha expuesto en el fundamento jurídico tercero, la ANCCE hace prevalecer su posición como única responsable de la ordenación de los CMF para imponer esta exigencia, sin que a la Asociación le suponga coste alguno pero sí refuerza su posición en el mercado conexo de promoción del PRE

²⁰Subrayado propio

otorgándole ventajas de las que el resto de operadores en este mercado carecen. Este refuerzo de su posición en dicho mercado es reconocido por la propia denunciada en sus alegaciones “*se trataba de una medida eficiente para la promoción del PRE*” (folio 2005). Pero a la misma vez, aumenta las barreras de entrada en los mismos, pues los gastos que deben asumir los nuevos competidores siempre serán superiores a los de la denunciada. Y ello exclusivamente por su posición de gestora del LGPRE y organizadora del Campeonato de España, como señala la DC, pues ni siquiera ha quedado demostrado en el expediente la mayor difusión de los CMF desde la modificación del RCM 2013. Tal y como ya se comentó en el fundamento jurídico tercero, el monopolio que ostenta la ANCCE con respecto a la gestión del LGPRE y desarrollo de los CMF, le obliga a una especial responsabilidad para evitar alterar en su beneficio las condiciones de competencia, cuestión que la ANCCE no puede obviar.

En relación con la utilidad de los vídeos y fotografías para los cursos de unificación de criterios impartidos a los jueces, este Consejo comparte el criterio de la DC y entiende que los mismos pueden ser de utilidad en la medida en que pueden aportar información adicional y de contraste que puede ayudar a resolver discrepancias y han de ser considerados como mejora de las herramientas de trabajo. No obstante, en la medida en que dicho uso es privado, no puede justificar la cesión de los derechos de publicación de dichas imágenes.

Por último, el hecho, además, de que dicha conducta fuera llevada a cabo por la ANCCE (se recuerda que la Circular data de 29 de enero de 2013) justo después del Acuerdo del Consejo de 17 de octubre de 2012 y de la incoación del procedimiento, 29 de noviembre de 2012 y, sobretodo, de la Resolución del Consejo de la CNC de 24 de enero de 2013 sobre las medidas cautelares solicitadas por MELPI, en las que se le impuso a la ANCCE determinadas obligaciones relacionadas con la suspensión de la modificación del RCM 2011 y la necesidad de responder motivadamente a las solicitudes para formar parte del listado de ST homologadas para los CMF, dejan en entredicho la intencionalidad real de la ANCCE.

Por todo lo expuesto, esta alegación de la ANCCE tampoco puede ser admitida.

QUINTO.- Sobre la consulta a los CO solicitada por la ANCCE en relación con la publicación de los resultados de sus CMF

En las alegaciones al PCH, la ANCCE propone la práctica de la siguiente prueba “*Que dada la importancia que tiene para el presente procedimiento conocer si la totalidad de los CO se encuentran interesados en que se publiquen tanto los resultados de sus CMF como las imágenes y vídeos obtenidos en los mismos, se*

solicita de la DI que dirija consulta a los mismos en dicho sentido” (folio 1501). En sus alegaciones a la PR la reitera en los mismos términos.

En materia probatoria, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, es criterio del Consejo considerar que sólo son admisibles aquéllas que tienen por objeto refutar los hechos imputados, la participación en los mismos de las empresas imputadas, o los efectos dañinos sobre el mercado, así como, en su caso, las relativas a la dimensión del mercado afectado o la cifra de negocios del imputado, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1997.

Como indica el Tribunal Supremo en dicha Sentencia *“cabe considerar como innecesaria y prescindible la prueba propuesta por la parte cuando el conjunto de pruebas acumuladas por la Administración durante la instrucción del expediente hace posible afirmar que la resolución se ha dictado en virtud de pruebas concluyentes, sin que nada permita pensar que otras pruebas, las omitidas, pudieran haber conducido a un resultado diferente”.*

Teniendo en cuenta, pues, que en el presente expediente ha quedado suficientemente acreditada la infracción por la ANCCE de los artículos 2 LDC y 102 TFUE y considerando que la prueba solicitada por ésta no podría desvirtuar los hechos probados, esta Sala acuerda denegar la solicitud de práctica de prueba efectuada por la denunciada, de conformidad con lo ya señalado por la DC en su PR.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1997 señala que *“es doctrina de este Tribunal que corresponde al Instructor del expediente discernir si las pruebas propuestas son de utilidad para el esclarecimiento de los hechos, así como la amplia libertad que posee la Administración para decidir sobre los hechos que se pretenden probar y si son pertinentes o no los medios de prueba propuestos por los interesados”.*

Este Consejo entiende que la conducta sancionable viene referida a la obligación impuesta a los CO de CMF celebrados en 2013 de ceder a la ANCCE todo el material gráfico y sus derechos de publicación de los concursos. Por tanto, aunque los diferentes CO estuvieran interesados en la publicación de los resultados de sus CMF y las imágenes y vídeos obtenidos en los mismos, la obligación impuesta seguiría considerándose anticompetitiva, pues no queda justificada por necesidades relacionadas con la gestión del LGPRE ni la organización de los CMF y, en cambio, proporciona a la ANCCE una ventaja competitiva en los mercados conexos de promoción del PRE, como ya se ha venido argumentando en apartados anteriores.

Por todo ello, y dado que esta Sala entiende que la práctica de la prueba propuesta no es precisa para la formación de su juicio en el presente expediente, debe ser denegada.

SEXTO.- Responsabilidad.

El artículo 61.1 de la LDC dispone que “*serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley*”. Por su parte, el artículo 63.1 de la LDC establece que, “*Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley ...*”.

Según constante jurisprudencia, tanto nacional como comunitaria, el concepto de abuso es de naturaleza objetiva, no requiriéndose, por tanto, de una eventual intención anticompetitiva. Una vez corroborado el carácter abusivo de la conducta y considerando tanto la Dirección de Competencia como este Consejo que el comportamiento arbitrario de la ANCCE es ciertamente revelador de dicha intencionalidad subjetiva de la empresa- parece claro que la asociación es responsable de una infracción muy grave, conforme a lo previsto en el artículo 62.4.b) de la LDC.

Muchas son las sentencias que se refieren a este régimen de especial responsabilidad del operador dominante. Así, la Sentencia en el asunto Telia Sonera (STJUE de 17 de febrero de 2011, C-52/09) señala en sus párrafos 24 y 44:

24. De este modo, el artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se refiere únicamente a las prácticas que pueden causar un perjuicio inmediato a los consumidores (...), sino también a las que les perjudican atacando una estructura de competencia efectiva. Si, en efecto, el artículo 102 TFUE no prohíbe a una empresa alcanzar, por sus propios medios, la posición dominante en un mercado y aunque, con mayor motivo, la acreditación de la existencia de una posición dominante en un mercado no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate (...), no es menos cierto que, según reiterada jurisprudencia, incumbe a la empresa que ocupa una posición dominante una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de abril de 2009, France Télécom/Comisión, C-202/07 P, Rec. p. I-2369, apartado 105 y la jurisprudencia citada).

44. Además, dicho enfoque [el test del operador igualmente eficiente] se justifica aún más cuanto que también se ajusta al principio general de

seguridad jurídica, dado que la toma en consideración de los costes y los precios de la empresa dominante le permite a ésta apreciar la legalidad de su propio comportamiento de conformidad con la responsabilidad particular que, como se ha recordado en el apartado 24 de la presente sentencia, le incumbe con arreglo al artículo 102 TFUE. En efecto, si bien una empresa dominante conoce sus propios costes y tarifas, no conoce en principio los de sus competidores (sentencia Deutsche Telekom/Comisión, antes citada, apartado 202).

Del mismo modo, en la Sentencia del asunto Telefónica (STGUE de 29 de marzo de 2012, T-398/07, Reino España vs Comisión), puede leerse:

92. De este modo, dado que el artículo 82 CE no se refiere únicamente a las prácticas que pueden causar un perjuicio inmediato a los consumidores, sino también a las que los perjudican impidiendo el juego de la competencia, recae sobre la empresa que ocupa una posición dominante una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común (véase la sentencia de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión, citada en el apartado 50 supra, apartado 176, y la jurisprudencia citada).

Estos argumentos relativos a la especial diligencia y responsabilidad que le atañen a la empresa que ostenta la posición dominante en el mercado, resultan plenamente aplicables para el presente caso y es patente que la ANCCCE no sólo no cumplió con los deberes de especial atención y cuidado que le correspondían, sino que fue precisamente dicha posición privilegiada que ocupaba en el mercado de reglamentación y ordenación de los CMF la que le permitió regular y aplicar de forma arbitraria las normas de ordenación de dichos concursos en función de sus propios intereses para beneficiarse en los mercados descendentes

SÉPTIMO.- Sobre el importe de la sanción.

La infracción se califica como muy grave de acuerdo con artículo 62.4.b) de la LDC. Según el artículo 63.1.c) de la LDC, la sanción por infracción muy grave consiste en “*multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la sanción*”, con lo que se fija un máximo legal, cuyo objeto es evitar que el pago de la multa conduzca a la desaparición de la empresa, junto con criterios de graduación y circunstancias agravantes y atenuantes (art. 64 LDC).

Por otro lado, conforme a lo previsto en la Disposición Adicional 3ª de la LDC la extinta CNC publicó la Comunicación de 6 de febrero de 2009 de la CNC sobre

cuantificación de sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC (BOE 11 febrero 2009, en adelante “Comunicación de sanciones”) con objeto de *“establecer unas Directrices que, con carácter general, guíen su actuación. Con ello se pretende contribuir a mejorar la transparencia y la objetividad en el cálculo de la sanción, potenciar su efecto disuasorio y favorecer la seguridad jurídica de los operadores económicos”*.

Por ello, sin perjuicio del cumplimiento del máximo legal (10% de volumen de negocios total del ejercicio anterior), se ajustará el proceso de cuantificación de la sanción al método previsto en la referida Comunicación.

Entre los criterios del artículo 64 de la LDC, el Consejo considera que en este caso los mercados directamente afectados por la infracción son el mercado de servicios de ST y el mercado de promoción del PRE, conexos al mercado de reglamentación y ordenación de los CMF, situado aguas arriba, en el que la ANCCE ha desarrollado el abuso de su posición de dominio acreditado en el expediente con objeto de expulsar a competidores y mejorar su posición en los mercados descendentes señalados.

Asimismo el Consejo considera acreditado que la infracción se ha desarrollado desde enero de 2011 y durante los ejercicios de 2011, 2012 y 2013.

La DC en su PR no aprecia ni circunstancias agravantes ni atenuantes en la actuación de ANCCE.

Importe básico de la sanción

Según el párrafo 8 de la Comunicación, la cuantificación de la sanción se realiza en tres fases: (i) determinación del importe básico de la sanción, (ii), aplicación de coeficiente de ajuste al importe básico en función de agravantes y atenuantes y (iii) ajuste en su caso a los límites establecidos en la Ley (límite del 10%) y al beneficio ilícito obtenido por el infractor.

Para la determinación del importe básico de la sanción, según párrafo 9, serán de aplicación los criterios señalados en las letras a) a e) del art. 64.1 de la LDC *“teniendo en cuenta, por tanto, la dimensión y características del mercado afectado, la cuota de mercado del infractor, el alcance de la infracción, su duración y sus efectos.”* En relación con el mercado afectado por la infracción (art. 64.1.a LDC), el párrafo 10 de la Comunicación de sanciones concreta lo siguiente: *“El volumen de ventas afectado por la infracción será la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en los mercados de producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos, durante el tiempo que la infracción haya tenido lugar y antes de la*

aplicación del IVA y otros impuestos relacionados. Las ventas de cada periodo se ponderarán de acuerdo con lo previsto en el punto 15”.

En su respuesta al acuerdo de solicitud de información de 3 de abril de 2014 en torno a su volumen de negocios (escrito de 23 de abril, folios provisionales 2116-2120), la ANCCE manifestó que *“a efectos de calcular una eventual sanción, han de tenerse en cuenta únicamente los ingresos obtenidos por ANCCE en las actividades que se han visto afectadas, directa o indirectamente, por las conductas desarrolladas”*. Y señala que *“la base de cálculo sobre la que habrá de aplicarse el porcentaje para determinar el importe de la eventual sanción deberá incluir únicamente las siguientes partidas”*:

- (i) los ingresos obtenidos en el mercado de ST por la prestación de servicios de ST en CMF y
- (ii) los ingresos obtenidos en el mercado de promoción del PRE a través de la comercialización del programa “Agenda Ganadera”, la publicidad comercializada en la revista “El Caballo Español” y en las diferentes páginas web que gestiona y las inscripciones de equinos en la final del Campeonato de España de CMF celebrado en el marco del SICAB.

De estos ingresos la ANCCE señala que no obtiene ingresos por la prestación de servicios de ST (ya que los presta gratuitamente a petición de los CO que no pueden hacer frente a los gastos; folio 2128) ni por la publicidad en dos de sus páginas web (folios 2130-2132) ni por la comercialización del programa “Agenda Ganadera”, que no comercializa desde 2011.

Por el contrario ANCCE considera que no guardan relación con las conductas desarrolladas y no deben tenerse en cuenta para el cálculo de la sanción (folio 2118) los ingresos por las cuotas de los socios, los ingresos correspondientes a las subvenciones o todos aquellos relacionados con la prestación de servicios derivados del Libro Genealógico.

En este caso, según lo ya señalado, los mercados afectados por la infracción son el mercado de servicios de ST y el mercado de promoción del PRE. Por ello, como observa ANCCE, para el cálculo del importe básico de la sanción sólo deben tenerse en cuenta los ingresos de ANCCE relacionados con ambos mercados. Si bien este Consejo coincide con la ANCCE en los ingresos que la asociación considera relacionados con la infracción e incluidos en el cálculo (básicamente los ingresos por servicios de ST, publicidad e inscripciones del SICAB anteriormente señalados) por el contrario no puede aceptar la exclusión para dicho cálculo de los ingresos por las cuotas de los socios solicitada.

En la “Descripción detallada del contenido de las cuentas y subcuentas del balance de sumas y saldos” que la ANCCE anexa como documento 3 a su escrito (folios 2125-2127) la Asociación expresa que las cuotas de socios encuadradas en la partida 700 (“ventas de mercaderías) dan derecho a la recepción de información, circulares, un carnet que da derecho a entrar en el SICAB, la revista “El caballo español” (de forma gratuita) y –para los ganaderos socios de pleno derecho- descuentos en la inscripción de caballos en el SICAB y en la contratación de publicidad.

A la vista de esta descripción resulta evidente que los ingresos por cuotas de los socios que se solicita excluir de la base de cálculo se encuentran directamente relacionados con el mercado de la promoción de PRE afectado por la infracción, tanto en lo que se refiere a la revista “El caballo español” (pueden considerarse gastos de suscripción a la misma y para la obtención de descuentos en publicidad) como en lo que se refiere al SICAB (equivalen a los gastos de entrada y obtención de descuentos para la inscripción). Igualmente el Consejo considera que deben incluirse en la base de cálculo todos los ingresos relacionados con el SICAB, como feria dedicada exclusivamente al caballo PRE y no solo los ingresos relacionados con la publicidad de las páginas web www.sicab.tv , www.sicab.es y www.concursoancce.com . Del mismo modo pueden incluirse en la base de cálculo los ingresos relacionados con los Tribunales Reproductores Calificados, como órgano de calificación extraordinaria dentro del programa de mejora de la PRE.

De acuerdo con lo anterior y sobre la base de la información aportada por la empresa en respuesta al requerimiento de información de 3 de abril (folios 2121-2135) y en anteriores expedientes sancionadores incorporadas al presente expediente por deducción de testimonio (folios 2176-2192) los volúmenes de negocio en los mercados afectados correspondiente al periodo 2011 a 2013 ascienden a las sumas siguientes:

	2013	2012	2011
Ventas	[Confidencial]	[Confidencial]	[Confidencial]
700 Ventas de mercaderías (cuotas de socios)	[Confidencial]	[Confidencial]	[Confidencial]
701 Venta de productos terminados (cuenta correspondiente a SICAB)	[Confidencial]	[Confidencial]	[Confidencial]
702 Venta de productos semiterminados (incluye servicios de ST en CMF y Tribunales Reproductores Calificados)	[Confidencial]	[Confidencial]	[Confidencial]

Ingresos publicidad “El caballo español”	[Confidencial]	[Confidencial]	No se desglosa
Ingresos publicidad página web	[Confidencial]	[Confidencial]	[Confidencial]
Total volumen negocio afectado	[Confidencial]	[Confidencial]	[Confidencial]

Dado que la infracción tiene una duración superior al año (se extiende de 2011 a 2013), es preciso aplicar el coeficiente reductor en función de duración previsto en el párrafo 15 de la Comunicación. En tal caso, el último año (o año 1) vendrá necesariamente determinado por los últimos doce meses en que la infracción se produjo con un factor de ponderación equivalente a 1. Los volúmenes correspondientes a los periodos de 12 meses anteriores a aquél recibirán una ponderación decreciente (0.75 para el 2º y 0.50 para el 3º).

Año	VNMA €	Coeficiente ALFA	VNMA ponderado €
2011	[Confidencial]	0,5	[Confidencial]
2012	[Confidencial]	0,75	[Confidencial]
2013	[Confidencial]	1	[Confidencial]
TOTAL			3.056.666

Por otro lado, a fin de conocer el importe máximo de la sanción al amparo del artículo 63 de la LDC, el Consejo requirió a la empresa (acuerdo de 3 de abril de 2014, folios) el importe del volumen total de negocios en 2013, información que fue aportada por la empresa (folios 2121-2124): 2.743.231,19 €

El volumen de negocios en el mercado afectado ponderado por duración sirve de base sobre la que aplicar el tipo de sanción. De acuerdo con el párrafo 14 de la Comunicación, el importe básico de la sanción se obtendrá aplicando al volumen de ventas afectado por la infracción *“un porcentaje que, partiendo del 10 %, podrá incrementarse [hasta el 30%] en consideración a los siguientes criterios”*.

No obstante, en el presente caso, el Consejo estima razonable la reducción del citado porcentaje a un tipo del 5% teniendo en cuenta la dimensión de los mercados afectados y el hecho de que el operador implicado en las conductas está presente exclusivamente en la actividad económica relacionada con los caballos de PRE. Así, en línea con la argumentación de algunos pronunciamientos de la Comisión Europea y de otras autoridades de competencia de la Unión Europea²¹, la aplicación del porcentaje previsto en la Comunicación de Sanciones al presente caso habría llevado a aplicar multas en el límite

²¹ Decisión de la Comisión Europea de 28 de marzo de 2012 (Asunto COM/39.452-Bisagras para ventanas y puertas vidrieras) y Decisión del Bundeskartellamt de 19 de febrero de 2013 relacionada con el sector de la fabricación de harina.

máximo, lo que no se considera proporcionado dado el tipo de infracción y su tratamiento en expedientes similares. En consecuencia, el importe básico de la sanción sería de 152.833,32 euros.

No se aprecian ni circunstancias agravantes ni atenuantes.

Importe final de la multa

En atención a todo lo anterior, el Consejo fija la sanción en un porcentaje del 5 % del volumen de negocio de la ANCCE en el mercado afectado durante los años 2011 a 2013, debidamente ponderado de forma decreciente por la duración, sin apreciar circunstancias agravantes ni atenuantes, lo que supone un importe total de 152.833,32 euros.

Comprobación sobre el límite del 10% (art. 63 LDC).

Una vez alcanzada la suma correspondiente al importe básico de la sanción, la aplicación del artículo 63 LDC exige comprobar que la multa así calculada no supera el 10% del volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio anterior al de la imposición de la sanción. Ello es así porque el “10% sobre volumen de negocio total en el ejercicio anterior” no es un elemento de liquidación ni de graduación de la multa, sino un límite, el tope máximo más allá del cual no resulta posible sancionar sin que, de acuerdo con el Tribunal Supremo, el pago de la multa pueda generar el riesgo de desaparición de la empresa y comprometer su viabilidad futura [STS 29-05-2013 (recurso 1312/2010); SSAN 05-02-2013 (recurso 06/420/2011), 13-02-2013 (recurso 06/377/2011), 26-02-2013 (recurso 06/646/2011), 05-03-2013 (recurso 06/566/2011), 12-04-2013 (recurso 06/395/2011); SSTJUE 07-06-2007 (asunto C-76/06)]. Se fija así en el 10% la capacidad económica real de la empresa en el mercado para hacer frente al reproche por su conducta antijurídica. La Ley busca así impedir que la imposición de la multa convierta en inviable el negocio o la actividad de la empresa, lo que haría perder su finalidad al ejercicio de la potestad sancionadora en dicho ámbito.

No constando que el importe final de la multa antes señalado supere el 10 % del volumen de ventas total de ANCCE en 2013 (2.743.231,19 €; cfr folio 2123), el Consejo acuerda imponer a ANCCE una multa de 152.833,32 euros.

Por todo cuanto antecede, vistos los preceptos legales y reglamentarios citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar acreditada la existencia de una infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, y el artículo 102 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

SEGUNDO.- Declarar responsable de dicha infracción a la Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Pura Raza Española.

TERCERO.- Imponer la siguiente sanción a la autora de la conducta infractora: 152.833,32 euros.

CUARTO.- Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución.

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

Los Consejeros Valdés y Torremocha se reservan el derecho a formular Voto Particular

VOTOS PARTICULARES

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a la Resolución dictada en el día de hoy por esta SALA DE COMPETENCIA en el marco del Expediente Sancionador S/0345/11 CRIADORES DE CABALLOS.

Este Consejero Discrepante, como paso previo al desarrollo y articulación de su discrepancia, establece la siguiente

PRIMERO.- CUESTIÓN PREVIA.

1º La Secretaría de esta Sala de Competencia el día **2 de Diciembre del 2013** turnó este Expediente S/0345/11 Criadores de Caballos a las Consejeras Doña María Ortiz Aguilar y Doña Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain.

2º La Ponencia propuso la inclusión en el Orden del Día a celebrar el **Jueves 17 de Julio del 2014** (esto es, **SIETE MESES después**), como Punto 4.2 el Expediente Sancionador S/0345/11 Criadores de Caballos, para ser deliberado y fallado.

La tarde anterior, es decir del día 16 de Julio, siendo las **18:47 horas** la Ponencia remitió a los Consejeros que conforman esta Sala de Competencia, la siguiente comunicación :

“Queridos Presidente y Consejeros:

*Os mando un nuevo párrafo a incluir en la resolución que veremos mañana en la Sala, **que nos parece importante.***

*Para facilitar su lectura se envía documento con el nuevo párrafo (son 10 u 11 líneas) y **nueva versión de la resolución** con este nuevo párrafo que aparece con control de cambios en las páginas 66 y 67 (no es necesario imprimir el resto del documento).*

Muchas gracias, perdonad las molestias y nos vemos mañana.

María Ortiz Aguilar.

Consejera

3º La nueva versión es

“RESOLUCION Expte. S/0345/11 Criadores de Caballos.

Nuevo párrafo a incluir en la página 66 de la Resolución distribuida :

*No obstante, en el presente caso, el Consejo **(sic)** estima razonable la reducción del citado porcentaje a un tipo del 5% teniendo en cuenta la dimensión de los mercados afectados y el hecho de que el operador implicado en las conductas está presente exclusivamente en la actividad económica relacionada con los caballos de PRE. Así, en línea con la argumentación de algunos pronunciamientos de la Comisión Europea y de otras*

*autoridades de competencia de la Unión Europea, la aplicación del porcentaje previsto en la **Comunicación de Sanciones** al presente caso **habría llevado a aplicar multas en el límite máximo**, lo que no se considera proporcionado dado el tipo de infracción y su tratamiento en expedientes similares. **En consecuencia el importe básico de la sanción sería de 152.833,32 €uros.***

Y al efecto acompaña unas anotaciones que conforman las páginas 66 y 67, que acompaño como **ANEXO I.**

4º Cuando este Consejero estaba redactando el Voto Particular Discrepante, ha recibido un Correo del Secretario de esta Sala de Competencia, a las **10:16 horas** del día de hoy 18 de Julio, en el que literalmente se manifiesta

*“Adjunta se remite Resolución del expediente Criadores de Caballos, que va a ser puesta a la firma de los Consejeros. Dado que el último día para efectuar la notificación es el próximo lunes 21 se va a proceder a poner en marcha el procedimiento de Notificación **hoy mismo.***

Puesto que los Consejeros tienen el derecho a formular los votos particulares, se hace constar en la Resolución que los consejeros Valdés y Torremocha se han reservado el derecho a formular votos particulares.

Los votos particulares serán trasladados a la parte interesada tan pronto como sea posible.

Atentamente

Tomas Suarez-Inclán

Secretario del Consejo.

5º Obviamente este Expediente Sancionador, tantas veces citado, **caduca NO POR CULPA DE LOS CONSEJEROS DISCREPANTES** y sí por causa imputable a las ponentes.

Tal acontecer, que no es nuevo, aparte de una notable desconsideración hacía los Consejeros discrepantes (La Sala), lo que no es un tema menor, implica una evidente obstrucción al normal funcionamiento de las deliberaciones, **por cuanto vulnera el derecho al cumplimiento del término de las cuarenta y ocho horas siguientes que tienen como derecho los Consejeros Discrepantes para redactar el Voto Particular.**

Voto Particular que conforma un todo inseparable con la Resolución dictada y con mismo valor **erga omnes.**

-----0-----

Sentado lo anterior **Mi Discrepancia** la desarrollo y concreto en los siguientes

MOTIVOS

PRIMERO.- CUESTIÓN PREVIA.

La Constitución Española en su **Artículo 9** dispone que *“1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico (...) 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*.

En su **Artículo 24.1** *“todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión”*.

Finalmente, en el **Artículo 103** *“1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales (...) con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”*.

-----0-----

La Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en su **Artículo 24 Motivación** dispone que *“los actos administrativos 1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho”*.

Precepto normativo que debe ser visto a la luz de lo prevenido en la Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, **de aplicación supletoria**, y en particular en lo dispuesto en el **Artículo 208 Forma de las Resoluciones** *“2.serán siempre motivadas”*.

El **Artículo 218 Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación** dispone que *“1. Las resoluciones deberán ser claras precisas y congruentes (...) 2. Se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos Considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón ; 3. Cuando los puntos...hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos”*.

En conclusión, prohíbe el **totum revolutum**

SEGUNDO.- PROPUESTA DE ARCHIVO DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR S/0345/11 CRIADORES DE CABALLOS.

1º Es un hecho relevante e indubitado que la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy ambas extintas) el día **10 de Mayo del 2011** recibió un **escrito denuncia** de MELPI SL., contra la Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Pura Raza Española (ANCCE) “*por posibles conductas restrictivas de la competencia, tendentes a impedir su contratación en el mercado de las Secretarías Técnicas (ST) de Concursos Morfológicos-Funcionales (CMF) de los caballos de Pura Raza Española (PRE) y a desacreditar a otras entidades sectoriales, incardinables en los Artículos 1,2 y 3 de la LDC*”.

Obviamente debe entenderse que las siglas LDC vienen referidas a la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

-----0-----

La Dirección de Investigación, de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy extintas), el día **18 de Mayo del 2012** (esto es, UN AÑO después) y tras las investigaciones que entendió precedentes, **elevó** al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia una **Propuesta de Archivo** de las actuaciones seguidas en el Expediente Sancionador S/0345/11, de conformidad con lo establecido en el Artículo 49.3 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Y ello, tras haber requerido información a la Subdirección General de Conservación de Recursos y Alimentación Animal del antiguo MARM (Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino) ; a MELPI SL., y a ANCCE.

-----0-----

La Propuesta de **Archivo** que en su día elevara la Dirección de Investigación al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (redactada de forma pormenorizada, minuciosa y puntual) **tiene el mismo desarrollo literal y argumentativo** que la Propuesta de Resolución que con posterioridad la misma Dirección de Investigación ahora eleva a esta Sala de Competencia, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, **proponiendo la incoación de expediente sancionador.**

Deviene **cuando menos sorprendente** que el mismo Organo Administrativo que instruyó el mismo expediente, con los mismos antecedentes y consiguientes **llegue a conclusiones no contrarias, sino contradictorias, en el corto espacio de un año.** Tal acontecer contraría la lógica y el sentido común y la razón ex Artículo 218 de la Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil y conforme a las exigencias de la buena fe ex Artículo 7 del Código Civil.

Sin hacer indagatorias nuevas.

-----0-----

De ahí que, a juicio de este Consejero Discrepante, la Sala de Competencia **debió mantener la inicial Propuesta de Archivo** que fuera elevada el día 18 de Mayo del 2012 con siguiente texto

“IV. PROPUESTA

Por ello, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, se propone la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por MELPI SL., contra la ASOCIACION NACIONAL DE CRIADORES DE CABALLOS DE PURA RAZA ESPAÑOLA (ANCCE), por considerar que no hay indicios de infracción de los Artículos 1, 2 y 3 de la mencionada Ley”.

En amparo de los anteriores asertos, entiendo ser necesario adjuntar a este Mi Voto Particular Discrepante y como **ANEXO II** copia de la citada Propuesta de Archivo.

TERCERO.- EXPEDIENTE SANCIONADOR S/0345/11 Criadores de Caballos.

*El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, el día **17 de Octubre del 2012** (esto es, CINCO MESES después de que recibiera la Propuesta de Archivo) **interesó** de la Dirección de Investigación (hoy extinta) la **incoación de expediente sancionador** contra la Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Pura Raza Española (ANCCE) **“por una posible infracción del Artículo 2 de la Ley 15/2007 relacionada con el procedimiento de homologación de las Secretarías Técnicas (ST) para los Concursos Morfológicos-Funcionales (CMF)”**.*

***“Y acordó el archivo de las actuaciones con respecto al resto de las conductas analizadas por entender que no existían en ellas indicios de infracción”**.*

En consecuencia la Dirección de Investigación, de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy ambas extintas), el día **29 de Noviembre del 2012** acordó la incoación de Expediente Sancionador contra la Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Pura Raza Española (ANCCE) *“por conductas prohibidas por el Artículo 2 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, consistente en la introducción en el Reglamento Concurso Morfológico 2011 de unos criterios para la homologación de las Secretarías Técnicas, que podrían constituir un instrumento para **obstaculizar la competencia en los mercados conexos** al de la gestión de Libro Genealógico de équidos de Pura Raza Española (LGPPE), lo que reforzaría la posición de la Asociación de Criadores de Caballos de Pura Raza Española (ANCCE), elevando las barreras de entrada”*.

La Dirección de Investigación, de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy ambas extintas), el día **12 de Junio del 2013** acordó **ampliar** el expediente sancionador iniciado a requerimiento expreso del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (anteriormente citado) **“a una posible infracción del Artículo 102 del tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por consecuencia de las últimas modificaciones de la normativa de los Concursos Morfológico-Funcionales (CMF) del año 2013, que imponía determinadas obligaciones a los Comités Organizadores y Secretarías Técnicas, en particular la de ceder a ANCCE las imágenes de los concursos y la de publicar los resultados online, considerado que podían constituir una infracción de los Artículos 2 de la Ley 15/2007 y Artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”**.

-----0-----

En consecuencia, este es el **único campo de juego** sobre el que debe versar la instrucción y resolución de este Expediente Sancionador : **el mandato**.

-----0-----

La actual Dirección de Competencia, de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia creada ex Ley 3/2013 de 4 de Julio, **remitió a la Comisión Europea** información suficiente. Esta contestó verbalmente a esta Autoridad Española de Competencia, del tenor que ha quedado acreditado por el responsable que telefónicamente recibió el comentario.

En consecuencia, esta SALA DE COMPETENCIA tiene un conocimiento directo del total contexto dispositivo y administrativo que conforma el Expediente Sancionador S/0345/11 CRIADORES DE CABALLOS (tanto propias como comunitarias) y de la Resolución que ha sido dictada en el día de hoy, de la que discrepo.

Y si bien, **Los Libros Genealógico**, *prima facie*, no conforman sustantivamente el Expediente Sancionador, no es menos relevante que sin su definición y legislación que le es de aplicación, **no se entendería éste, ni sería posible valorarlo y resolverlo**.

CUARTO.- LIBROS GENEALOGICOS.

1º DECISION de la Comisión de 11 de Junio de 1992 por la que se establecen los criterios para la autorización o el reconocimiento de las organizaciones y asociaciones que lleven o creen libros genealógicos para équidos registrados.

La Comisión ha adoptado la presente Decisión, según su Artículo 1 “*para obtener la autorización o el reconocimiento oficiales las organizaciones o asociaciones que lleven o creen libros genealógicos deberán presentar una*

solicitud a las autoridades del Estado miembro en cuyo territorio tengan su sede social”.

En el siguiente Artículo 2, apartado primero que “las autoridades del Estado miembro de que se trate deberán conceder la autorización o el reconocimiento oficiales a toda organización o asociación que lleve o cree libros genealógicos **y cumpla las condiciones previstas en el Anexo**”.

Y al efecto, sigue diciendo en el apartado segundo del Artículo 2 que “no obstante, las autoridades de un Estado miembro en el que para una raza **existan** una o varias organizaciones o asociaciones autorizadas o reconocidas oficialmente **podrán no reconocer** una nueva organización o asociación **en los siguientes casos : a) si ésta pudiera representar un peligro para la conservación de la raza o comprometer el funcionamiento o el programa de mejora o selección de una organización o asociación existente**”.

La Decisión de la Comisión dispone en su Artículo 4 que “los destinatarios de la presente Decisión serán los Estados miembros”.

En el **ANEXO**, la Comisión dispone que “para obtener la autorización o el reconocimiento oficiales, las organizaciones o asociaciones que lleven Libros Genealógicos, creen secciones de libros genealógicos y creen libros genealógicos para équidos registrados **deberán :**

1. *Poseer personalidad jurídica de conformidad con la normativa en vigor en el Estado miembro donde se presente la solicitud.*
2. **Superar** los controles de las autoridades competentes en lo que concierne a :
3.
 - a) *la eficacia de su funcionamiento*
 - b) *el cumplimiento de los principios establecidos de conformidad con la letra b) del apartado 3 por la organización o la asociación que lleve el libro de origen de la raza, cuando se trate de una organización o asociación que no lleve dicho libro*
 - c) *Su capacidad para ejercer los controles necesarios para el registro de las genealogías*
 - d) **la posesión de un efectivo de équidos suficiente para realizar un programa de mejora o selección o**

para garantizar la conservación de la raza cuando ello se considere necesario

e) su capacidad para facilitar los datos (por ejemplo, SOBRE RESULTADOS) necesarios para la realización de un programa de mejora, selección o conservación de la raza.

2º Real Decreto 2129/2008 de 26 de Diciembre, en el ámbito del Derecho interno Español, tiene por objeto “*el establecer las normas básicas y de coordinación del Programa Nacional de conservación, mejora y fomento de las razas ganaderas y la regulación de la normativa zootécnica de los animales de raza y équidos registrados*”.

Entre sus disposiciones se encuentran los **contenidos mínimos** de la reglamentación específica que han de tener los Libros Genealógicos (LG) y los Programas de Mejora (PM) de las diferentes razas catalogadas, **una de las cuales** es la équidos Pura Raza Española (PRE), **cuya regulación y preservación es competencia de la Administración General del Estado**.

Y ello, sin perjuicio y **por sustitución**, pueda encomendarse su gestión a asociaciones de carácter privado, frente a la situación existente con anterioridad, donde los Libros Genealógico eran gestionados por una unidad administrativa adscrita al Ministerio de Defensa.

En la actualidad, la Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Pura Raza Española (ANCCE) **es la única autorizada para su gestión**.

3º Solicitud de UCCE (Unión de Criadores de Caballos Españoles) como Entidad Colaboradora del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino para la llevanza de la gestión del Libro de Registro del Caballo de Pura Raza Española.

El día **15 de Junio del 2011** la Unión de Criadores de Caballos de Pura Raza Española (UCCE) presentó escrito al Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, en orden a ser “*reconocido oficialmente como Entidad Colaboradora del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino para la gestión del Libro Genealógico del caballo Pura Raza Española*”.

En dicho escrito, **prima facie**, reconoce el derecho exclusivo (competencia objetiva y funcional) del Ministerio en orden a conceder “reconocimientos oficiales” con carácter **sustitutorio** y sujeto al Ordenamiento Jurídico ex Real Decreto 2129/2008 de 26 de Diciembre.

4º Resolución del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente de 26 de Abril del 2012 por la que se desestima la solicitud de reconocimiento

oficial de la Unión de Criadores de Caballos Españoles (UCCE) a los efectos prevenidos en el Real Decreto 2129/2008 de 26 de Diciembre.

En síntesis, la desestimación de la solicitud lo es :

- 1) por no disponer la solicitante UCCE de unos efectivos mínimos de criadores, que permitan desarrollar el programa de mejora.
- 2) Al no haberse justificado disponer de los medios informáticos y económicos precisos, dado que los medios enunciados no corresponden ni pertenecen a la solicitante UCCE, sino a su Presidente.
- 3) Por no disponer de unos efectivos mínimos de animales que permitan desarrollar el programa de mejora, que se vería en peligro de admitirse la solicitud.

5º Recurso de alzada interpuesto por UCCE (Unión de Criadores de Caballos Españoles). El día **28 de Mayo del 2012** la Unión de Criadores de Caballos Españoles (UCCE) interpuso Recurso de Alzada contra la resolución denegatoria de ser reconocido oficialmente como gestor del Libro Genealógico del caballo de Pura Raza Española (LGPRES).

La Secretaría General Técnica, del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente el día **10 de Mayo del 2013** dictó Resolución administrativa en la que acordaba desestimar el Recurso de Alzada, con el apercibimiento de poder acudir ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en el plazo de DOS MESES contados desde el siguiente día al de su notificación.

6º CONCLUSIONES.- De lo anteriormente establecido, deben sacarse las siguientes conclusiones :

1ª en la actualidad es el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente el único órgano competente para la llevanza de los Libros Genealógicos (LG) de équidos de pura raza española (PRE), al amparo de la normativa nacional, corroborada por la Comunitaria.

2ª concierne al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, **en actuación sustitutoria**, conceder reconocimientos oficiales a una varias organizaciones o asociaciones que lleve o cree Libros Genealógicos **y cumpla las condiciones previstas en el Anexo** de la Decisión de la Comisión 11 Junio 1992.

3ª en desarrollo de ello y en sustitución, la Administración Central del Estado el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente autorizó y reconoció oficialmente a la ASOCIACIÓN NACIONAL DE CRIADORES DE CABALLOS DE PURA RAZA ESPAÑOLA (UNCCE).

4ª en la actualidad, la ASOCIACION NACIONAL DE CRIADORES DE CABALLOS DE PURARAZA ESPAÑOLA (UNCCE) **es la única autorizada para su gestión.**

Por consecuencia de todo ello, la ASOCIACIÓN NACIONAL DE CRIADORES DE CABALLOS DE PURA RAZA ESPAÑOLA (UNCCE) **viene amparada** en su actuación por causa y con causa en Disposiciones Legales (españolas y comunitarias) y por ello, lo reglado en los Artículos 1 ,2 y 3 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia **lo deben ser amparadores de su actuación** a la luz de lo prevenido **(1)** apartado cuarto del Artículo 1 ; **(2)** apartado tercero del Artículo 2 ; y **(3)** artículo 3 en aplicación analógica de los anteriores, con especial pronunciamiento a lo dispuesto en el siguiente Artículo 4 del mismo TextoLegal.

O lo que es lo mismo que decir, que la ASOCIACIÓN NACIONAL DE CRIADORES DE CABALLOS DE PURA RAZA ESPAÑOLA (UNCCE) tiene el amparo de la Ley y, en consecuencia, no puede ser sancionada por cuanto sus posibles conductas han sido establecidas bajo el Imperio de la Ley.

QUINTO.- El **Real Decreto 714/2012 de 20 de Abril** por el que se modifica el Real Decreto 2129/2008 de 26 de Diciembre, por el que se establece el programa nacional de conservación, mejora y fomento de las razas ganaderas **DISPONE**

“Artículo único.- Modificación del Real Decreto 2129/2008 de 26 de Diciembre por el que se establece el programa nacional de conservación, mejora y fomento de las razas ganaderas.

El Real Decreto 2129/2008 de 26 de Diciembre, por el que se establece el programa de conservación, mejora y fomento de las razas ganaderas queda modificado en los siguientes términos :

Uno. El Artículo 10 queda redactado como sigue

Artículo 10. Concurrencia de asociaciones

- 1. En el caso de que ya existe una o varias asociaciones de criadores oficialmente reconocidas para la gestión del libro genealógico de una raza, cualquiera otra asociación que solicite su reconocimiento oficial deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 8, las obligaciones contenidas en el artículo 11 y en cualquier caso, deberá respetar la reglamentación específica de dicho libro y el programa de mejora, aprobados oficialmente para esa raza.*

2. *No obstante el cumplimiento de los requisitos anteriores, la autoridad competente denegará el reconocimiento cuando éste pueda poner en peligro el programa de mejora de la raza, bien por falta de conexiones a la base de datos de la raza, bien por la insuficiencia en términos absolutos del censo mínimo necesario para garantizar su viabilidad o bien por otros motivos que comprometan el programa de mejora, siempre de acuerdo con la reglamentación oficialmente aprobada y la situación de cada raza”*

La Dirección General de Salud y Consumidores, de la Comisión Europea en el Expediente EU Pilot 4956/12/SNCO elevó a las Autoridades Españolas una “solicitud de observaciones” en aplicación de la Decisión 92/353/CEE por la que se establecen los criterios para la autorización o el reconocimiento de las organizaciones y asociaciones que lleven o creen libros genealógicos para équidos registrados y restricciones para la inscripción en el libro genealógico PRE.

Solicitud que ha sido contestada por el Secretario General Técnico del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

-----0-----

Un Expediente administrativo tiene el valor que tiene y hasta tanto no exista una resolución que **goce de firmeza no produce efecto alguno**.

SEXTO.- LOS CONCURSOS MORFOLOGICOS (CMF) Y LOS SERVICIOS DE SECRETARIAS TECNICAS.

Establece la Dirección de Investigación, con valor de hecho probado, que los Concursos Morfológicos-Funcionales son **concentraciones de caballos PRE**, a las que cada ganadero acude con sus animales y en las que **un jurado** determina cuáles de éstos reúnen las condiciones morfológicas y funcionales que más se ajustan a las bondades ideales de la raza.

En antiguo Ministerio de Agricultura (MARM) señalaba que “*la organización y el desarrollo de los concursos morfológicos (CMF) y la elaboración de sus Reglamentos (RCM) son competencia de las asociaciones de criadores reconocidas para la gestión de las razas en estas caso de ANCCE”* (folio 398) y que “*los CMF deben ser considerados como una actividad privada de las asociaciones de criadores cuyo reglamento no requiere la aprobación por parte del MARM, ni de su publicación en el BOE”* (folio 403).

Entre la infraestructura necesaria para la celebración de un Concurso Morfológico-Funcional, con la que deben contar los Comités Organizadores de los Concursos Hípicos, los *Reglamentos* recogen la disposición de una “*Secretaría Técnica del certamen con programación homologada por ANCCE*” ex Artículo 12 del RCMF (folios 30, 31 y 32) y se recogían en los anteriores de los años 2009 y 2010.

Concluye la Dirección de Investigación diciendo que “**son por lo tanto los Comités Organizadores los que deben contratar a las Secretarías Técnicas y no ANCCE directamente**” página 10 párrafo (40).

1º Reglamento Concursos Morfológicos-Funcionales 2011 (página 10 párrafo (41)) en su Artículo 23 enumera las funciones de la Secretarías Técnicas del certamen (pruebas hípicas) : (i) gestionar las inscripciones ; (ii) confeccionar el listado de las distintas secciones (=pruebas hípicas) con todos los animales participantes en ellas y elaborar las fichas de las cobras (grupos de caballos) y las individuales (nombre del animal, fecha de nacimiento, ganadería, etc) ; (iii) exponer los listados de todas las secciones y ganaderías que opten a premios ; (iv) elaborar la lista de resultados con comparativa de los jueces al finalizar cada sección ; (v) recibir del jurado las fichas de calificación correspondientes ; (vi) procesar las calificaciones de los jueces para obtener las puntuaciones medias totales ; (vii) confeccionar las **ACTAS** una vez finalizado el concurso y remitirlas a la ANCCE junto con las fichas de calificación ; y (viii) enviar en formato electrónico los resultados a la ANCCE (folios 38 y 39 y 221).

Todo ello en aplicación de la Decisión de la Comisión de 11 de Junio de 1992 y su ANEXO.

ANCCE ha desarrollado (página 12 párrafos 47 y 48), en colaboración con la empresa informática SADIÉL “*un programa informático específico ad hoc para la gestión del Campeonato de España*” (folio 257). Este programa está “*en perfectas condiciones de funcionalidad desde Octubre de 2010*” (folio 482) y es, a partir de Enero 2011 “*el único programa homologado para los concursos que integran el Campeonato de España*” (folio 482).

ANCCE **no comercializa esta herramienta** “*cede este programa informático de forma gratuita a todas aquellas entidades y personas que cumpliendo los requisitos establecidos hayan manifestado su interés en actuar y prestar sus servicios como Secretaría Técnica. Además, ANCCE también ofrece cursos de formación gratuitos (...) a quienes quieran familiarizarse con el uso y las aplicaciones de dicho programa*” (folio 256).

2º Medidas adoptadas por ANCCE (efectos) sobre la supresión del Artículo 23.1 del RCM 2011. ANCCE, en cumplimiento de las medidas cautelares adoptadas **ordenó**, en lugar de la suspensión del artículo, **su supresión total, efectiva y permanente de manera inmediata (efectos).**

Y en consecuencia plasmó en el **Artículo 19.1 del Reglamento 2013**

*“1.- Podrán actuar como Secretaría Técnica de los concursos aquellas personas, físicas o jurídicas, que a juicio del Comité Organizador del Concurso **(que no es ANCCE)** reúnan las condiciones necesarias para gestionar los datos y resultados que el propio concurso genere”.*

Redacción que goza del reconocimiento de la Dirección de Investigación al manifestar literalmente que *“...es cierto, como dice ANCCE en sus alegaciones que con **dicha actuación se procede a suprimir de forma definitiva y no provisional cualquier medida dirigida a impedir la actuación de MELPI o cualquier otro interesado como Secretaría Técnica(...)**”.*

Item más, este efecto de apertura de mercado no ha sido meramente teórico, sino que se ha visto materializado en la efectiva participación de MELPI en el mercado de las Secretarías Técnicas, como al efecto reconoce la propia Dirección de Investigación al decir en su Propuesta de Resolución que *“**es cierto que MELPI ha ofrecido sus servicios a los Comités Organizadores llegando incluso a colaborar en el de Torre Pacheco y a actuar como Secretaría Técnica en Málaga, en Lérída, en Mijas, en Lugo y en Beaucaire**”.*

-----0-----

Finalmente procede abordar la imputación que se hace por la Dirección de Investigación a ANCCE *“en orden a una supuesta publicación insuficiente sobre la medida adoptada”.*

La Dirección de Investigación en su Propuesta de Resolución dice que *“si bien es cierto, como dice ANCCE en sus alegaciones que con dicha actuación se procede a suprimir de forma definitiva y no provisional cualquier medida dirigida a impedir la actuación de MELPI o cualquier otro interesado como ST, lo que ha quedado acreditado es que **con ello no se ha dado información inmediata sobre la posible actuación de MELPI o cualquier otro interesado como ST** al igual que tampoco lo hacía la comunicación realizada el día 29 de enero de 2013 que es lo que se perseguía con el primer punto de la medida cautelar adoptada por el Consejo y ello a pesar de que ANCCE se dirigiera por teléfono a los Comités Organizadores de los concursos que se celebraban en los primeros meses del año (Nicaragua, Costa Rica, Torre-Pacheco y Jerez) **a los que habría comunicado los cambios relativos a las ST en el nuevo Reglamento 2013**”.*

Un axioma jurídico dice que *“lo que no está en los autos, no está en el mundo”* o dicho de otra forma, lo que no ha sido resuelto-ordenado no puede ser exigido con posterioridad y dado que en ningún momento en la medida cautelar

adoptada se ordena-obliga a ANCCE a un extra de solemnidad publicitaria, no puede exigírsele el cumplimiento de tal extra, máxime cuando consta suficientemente acreditado que **“ANCCE comunicó telefónicamente y por correo electrónico y a través de su página web tal acuerdo”**.

En puridad no puede hablarse de **insuficiencia**.

SEPTIMO.- Este Consejero discrepante entiende que, finalmente, debe quedar acreditado lo que **ciertamente subyace en la denuncia**, la realidad de desencuentros entre MELPI y ANCCE, en diferentes frentes, entre los que la Dirección de Investigación (página 14 parágrafos 59 y siguientes) concreta :

- Incumplimiento contractual ANCCE-MEELPI
- Utilización por MELPI de datos confidenciales contenidos en los Libros Genealógicos.
- Gestión de ANCCE en los mismos

Desencuentros que deben ser objeto de conocimiento por los órdenes jurisdiccionales competentes (funcional y territorial) y no ante el organismo de defensa de la competencia (por razón de la materia)

OCTAVO.- En conclusión, a mi entender esta Sala de Competencia debió resolver este Expediente Sancionador S/0345/11 Criadores de Caballos :

1º asumiendo la inicial Propuesta de Resolución que le elevara la hoy extinta Dirección de Investigación en orden al **archivo de las actuaciones habidas con causa en el escrito de denuncia, por cuanto las conductas imputadas a la ASOCIACION NACIONAL DE CRIADORES DE CABALLOS (ANCCE) no eran constitutivas de infracción de los Artículos 1,2 y 3 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.**

2º alternativamente y en todo caso, estarían amparadas por lo dispuesto y prevenido en el Artículo 4 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, que excepciona lo prevenido en los anteriores Artículos 1, 2 y 3 de la misma Ley.

3º ítem más, la Decisión de la Comisión de 11 de Junio de 1992, por la que se establecen los criterios para la autorización o el reconocimiento de las organizaciones y asociaciones que lleven o creen Libros Genealógicos para équidos registrados y lo desarrollado en el Anexo de la misma apartado 3.e) esto es, **“su capacidad para facilitar los datos (por ejemplo, sobre RESULTADOS) necesarios para la realización de un programa de mejora, selección o conservación de la raza”** no serían otra cosa que los efectos circunstanciales

para la consecución de principal fin, los Libros Genealógicos, en los mercados conexos de los Concursos Morfológicos-Funcionales y Secretarías Técnicas de los Comités Organizadores de las pruebas hípcas (concursos) y, en consecuencia, viniendo ampara la causa por lo prevenido en el Artículo 4 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, vienen amparados los efectos.

4º siendo por ello imposible la posibilidad de imponer sanción (cuantificación, que en todo caso sería la concedida ex norma legal y no Comunicación) por no existir los elementos que la condicionarían, ampararían y posibilitarían.

En este concreto apartado ***hago mios, como propios la totalidad de argumentos que conforman el Voto Particular Discrepante del Ilustre Consejero Don Benigno Valdés Díaz.***

Así por este **Mi Voto Particular Discrepante** lo pronuncio, mando y firmo en Madrid el día 18 de Julio del 2014, siendo las 17.22 horas.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero D. Benigno Valdés Díaz a la presente Resolución, aprobada en la Sesión Plenaria de la SALA DE COMPETENCIA de la CNMC del día 17 de julio del 2014, en el marco del Expediente S/0345/11 CRIADORES DE CABALLOS.

Mi discrepancia se explicita de este modo:

PROEMIO.

Para la determinación de la sanción la Resolución aplica la Comunicación sobre Sanciones aprobada por el Consejo de la extinta CNC con fecha 6 de Febrero de 2009. Por las razones que se exponen en este PROEMIO, considero que ese método de determinación de sanciones es inapropiado por no adecuarse a lo establecido en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

SOBRE EL REGIMEN SANCIONADOR PREVISTO EN LA VIGENTE LEGISLACIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

(I) “Volumen de ventas” vs. “volumen de negocios total” de la empresa infractora

El Artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, dice:

« [...] multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del **volumen de ventas** correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal».

Y el Artículo 63. 1 (a), (b) y (c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, dice:

«Los órganos competentes podrán imponer [...] las siguientes sanciones: Las infracciones leves [...] con multa de hasta el 1% [...], las graves con multa de hasta el 5% [...], [y] las muy graves con multa de hasta el 10% del **volumen de negocios total** de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa».

*¿Qué diferencia existe entre “volumen de ventas” y “volumen de negocios total” de una empresa? A mi juicio, desde el punto de vista lingüístico ninguna: el volumen de ventas de una empresa es su volumen de negocios y el término “total” no añade nada a ese concepto, sólo hace de su nombre un pleonismo (“Lo he visto”. “Lo he visto **con mis propios ojos**”). Ahora bien, el asunto está teniendo una enorme importancia en la aplicación del régimen sancionador previsto en la Ley 15/2007: ¿Qué debemos entender por **volumen de negocios total** de la empresa infractora, la facturación de la empresa en todos los mercados en los que opera o únicamente en el mercado en el que comete la infracción?*

Hay quienes consideran que la incorporación del término “total” en la Ley 15/2007 la hace mucho más precisa que su antecesora, la Ley 16/1989, que no incorpora ese término. El argumento es que la palabra “total” implica que el concepto “volumen de ventas” o “volumen de negocios” se refiere a *la totalidad de los ingresos obtenidos por la empresa, con independencia del número de bienes que produce y de mercados afectados por la infracción*. Que en realidad la misma pregunta se hubiera planteado en relación con la Ley 16/1989 (*Vid. STS, Sala de lo Contencioso, de 11 de Noviembre de 2009, en el recurso de casación número 1246/2006*), que no incorpora ese término, demuestra que el verdadero problema (*¿se debe sancionar a una empresa infractora sobre la base del ingreso obtenido en el mercado en el que ha cometido la infracción, o del ingreso obtenido en todos los mercados en los que opera, incluidos aquellos en los que no ha realizado infracción alguna?*), no tiene una solución semántica. Hemos de abordar la cuestión con instrumentos distintos al meramente lingüístico; y, como veremos, esos instrumentos *existen*.

Mi punto de partida es, primero, el Art. 3 del Código Civil, que establece: **“1. Las normas se interpretarán [...] atendiendo fundamentalmente a [su] espíritu y finalidad”**; y segundo, el *Preámbulo* de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que resume “el espíritu y finalidad” de la propia Ley: proporcionar un sistema bien articulado que, **“sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, [nos] permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento del mercado”**.

Con ánimo de aplicar esos principios al presente caso, clasifiquemos las empresas en dos grupos: las que producen un bien y operan en un sólo mercado, y las que producen varios bienes y operan en otros tantos mercados diferentes. (Otras clasificaciones son posibles; por ejemplo, empresas que producen un solo

bien y únicamente operan en el mercado regional X vs. empresas que producen ese bien pero operan en todo el territorio nacional, etcétera. Como el análisis es análogo en todos los casos, nos ceñimos al propuesto).

Pues bien, consideremos una empresa que *produce tres bienes: B1, B2 y B3* y opera en los correspondientes mercados: *MB1, MB2 y MB3*. Imaginemos que comete una infracción que rompe el buen funcionamiento del mercado *MB1*, pero sin que ello tenga influencia alguna en los mercados *MB2* y *MB3*, en los que la empresa tiene un comportamiento ejemplar. Para determinar la sanción, ¿debemos utilizar el “volumen de negocios” en el mercado *MB1* (cuyo “buen funcionamiento” la empresa *ha distorsionado*), o el “volumen de negocios” en *todos* los mercados en los que opera, incluidos *MB2* y *MB3*, cuyo “buen funcionamiento” **no** ha distorsionado en absoluto?

Si la respuesta es “todo” el volumen de negocios, entonces la Ley se vuelve absurda. En efecto: como hemos señalado, su propósito es proporcionar un sistema bien articulado que, **“sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, [nos] permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento del mercado”**. Sobre esa base, ¿qué lógica tiene sancionar a la empresa por **no** distorsionar el buen funcionamiento de los mercados *MB2* y *MB3*? Por otro lado, si así se hace la Ley es **discriminatoria para las empresas multi-producto en relación con las empresas uniproducto**; y de poco sirve argumentar que la empresa multi-producto puede evitar esa discriminación *organizándose en tantas empresas uniproducto como bienes y servicios produce*, porque en tal caso la Ley está empujando a la empresa a organizarse de manera sub-óptima (de otro modo no habría elegido la forma multi-producto en primer lugar). En otras palabras, la Ley “se derrota a sí misma” porque, aun sin pretenderlo, está interviniendo **“de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales”**.

En suma, si, como afirma el Artículo 3 Código Civil, las normas deben interpretarse *“atendiendo fundamentalmente a [su] espíritu y finalidad”*, entonces por *“volumen de negocio total de la empresa infractora”* debe entenderse, **exclusivamente**, *“el ingreso obtenido por la empresa en el mercado afectado por la infracción”*.

(II) Proceso de determinación de las sanciones

La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, establece los intervalos matemáticos en los que deben situarse las sanciones *en términos del % del volumen de negocios de la empresa infractora en el mercado [afectado por la infracción] en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa*, y atendiendo a los elementos considerados en su Artículo 64.

En efecto, dicha Ley, y su interpretación por la Audiencia Nacional (por todas, SAN 4598/2012, Recurso 188/2012, de 23 de Diciembre de 2013), establecen que, sobre la base de los Artículos 62, 63 y 64, el órgano sancionador determine **un porcentaje concreto** dentro del intervalo (0%,1%) cuando la infracción es leve, (0%,5%) cuando es grave y (0%,10%) cuando es muy grave,

porcentaje que al ser aplicado al “volumen de negocios de la empresa infractora [en el mercado afectado] en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa”, da **como resultado el monto** de ésta. En otras palabras, la Ley opera en sentido “**% del volumen de negocios en el ejercicio...→monto de la multa**”.

No está previsto en ella que el órgano sancionador se dote a sí mismo de un método para la determinación de la multa que opere en sentido contrario, es decir, determinar *primero el monto* de la multa y luego, como residuo, el porcentaje que representa sobre el “volumen de negocios de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción”: “**monto de la multa→ % del volumen de negocios en el ejercicio...**”

Dejando aparte si esa forma de proceder es acorde a Derecho o no, lo cierto es que, cuando opera de ese modo, el órgano sancionador se expone a enfrentarse a ciertas “anomalías”; por ejemplo, que el porcentaje así obtenido sea superior al 1%, 5% o 10% que la Ley establece como techo para, respectivamente, las infracciones leves, graves y muy graves.

Un ejemplo de lo anterior lo constituye el método para determinar las multas presente en la *Comunicación sobre Sanciones* aprobada por el Consejo de la extinta CNC con fecha 6 de Febrero de 2009, y a cuyo análisis procedo a continuación.

(III) «**Comunicación**» de la extinta CNC sobre cuantificación de sanciones.

(1) El método utilizado por la extinta CNC consiste en obtener lo que la *Comunicación* denomina «*importe básico*» de la sanción, de la siguiente manera:

$$IB = p \sum_{i=1}^T \alpha_i VMA_i, \quad [1]$$

donde $p \in (10\%, 30\%)$, dependiendo de la gravedad de la infracción y de si el bien o servicio en cuestión es un insumo susceptible de producir efectos en cascada en la producción de otros bienes o servicios; $i=1$, el último año en el que sabemos que se ha cometido la infracción, de modo que $i=2$ es el penúltimo, $i=3$ el antepenúltimo, ..., $i=T$ el primero; VMA_i es el valor de las ventas de la empresa infractora *en el mercado afectado* en el año i ; y α_i es un factor de ponderación que toma el valor 1 cuando $i=1$, 0.75 cuando $i=2$, 0.50 cuando $i=3$, 0.25 cuando $i=4$, etc.; es decir: $\alpha_1 VMA_1$ representa el valor ponderado de las ventas de la empresa infractora en el *mercado afectado* el último año en el que cometió la infracción, $\alpha_2 VMA_2$ el 75% del valor ponderado de las ventas en el penúltimo año de la infracción, etcétera.

Una vez obtenido IB , la sanción efectiva, S , se obtiene multiplicando IB por un factor de corrección, C_a , que toma valores $C_a > 1$ cuando la suma de los agravantes es mayor que la de los atenuantes, $C_a < 1$ cuando sucede lo contrario, y $C_a = 1$ cuando ambos suman igual o simplemente no existen. Es decir,

$$S = C_a IB \quad [2]$$

Si S está dentro de los intervalos sancionadores establecidos por la ley, S se convierte en sanción efectiva; *pero si es mayor que el máximo contemplado en la Ley, entonces se aplicará ese máximo.*

(2) Dado que por “*volumen de negocios total de la empresa infractora*” hemos resuelto que se debe entender exclusivamente el ingreso obtenido en el mercado afectado por la infracción, partimos de ese principio. Podemos distinguir dos casos: (a) el último año en el que la empresa cometió la infracción es el año anterior a aquél en el que se le impone la sanción; y (b) es hace varios años antes. En el primer caso:

$$IB_t = p[VMA_{t-1} + 0.75 VMA_{t-2} + 0.50 VMA_{t-3} + \dots]$$

De modo la *sanción efectiva* es:

$$S_t = C_a IB_t = C_a p[VMA_{t-1} + 0.75 VMA_{t-2} + 0.50 VMA_{t-3} + \dots]$$

En consecuencia:

(a.1) Si no hay agravantes ni atenuantes, o si ambos pesan igual, entonces $C_a=1$ y S_t es *mucho mayor* que la sanción *máxima* contemplada en la Ley 15/2007 para las infracciones muy graves, 10% de VMA_{t-1} , porque $p \in (10\%, 30\%)$: $S_t > 0.1 VMA_{t-1}$. Con más razón, pues, supera el techo de las faltas graves y leves, 5% de VMA_{t-1} y 1% de VMA_{t-1} , respectivamente.

(a.2) Si los agravantes suman más que los atenuantes, $C_a > 1$ y estamos en la misma situación, aunque más exagerada: $S_t \gg 0.1 VMA_{t-1}$.

(a.3) Si los agravantes suman menos que los atenuantes, $C_a < 1$ y $S_t \leq 0.1 VMA_{t-1}$, aunque no es imaginable un $C_a < 1$ suficientemente pequeño para hacer $S_t < 0.1 VMA_{t-1}$ (y no digamos para hacerlo menor que $0.05 VMA_{t-1}$ o $0.01 VMA_{t-1}$).

Es decir, cuando el último año en el que la empresa cometió la infracción es el anterior a aquel en el que se le impone la sanción, el sistema [1]-[2] genera, **por construcción**, multas que *siempre* son el máximo contemplado en la ley. En otras palabras: *Para las infracciones leves, siempre el 1%; para las graves, siempre el 5%; y para las muy graves, siempre el 10%*. De modo que **los intervalos contemplados por el legislador** (las infracciones leves, hasta el 1%; las graves, hasta el 5%; y las muy graves, hasta el 10%) **devienen irrelevantes** (cualquiera que haya sido la intención con la que fueron previstos por el legislador).

Consideremos ahora la situación (b), es decir, cuando el último año en el que sabemos que se ha producido la infracción *no* es el anterior al año t en el que se impone la sanción, sino uno anterior a él. En primer lugar, ese “último año en el que se produjo la infracción” debe ser *muy anterior* al año t en el que se impone la sanción, de otro modo nos encontraremos en igual situación que en (a). Eso se debe a que las ventas de una empresa raramente experimentan grandes cambios entre dos años consecutivos; en la práctica, VMA_{t-1} es, casi siempre, cercano a VMA_{t-2} y éste, a su vez, a VMA_{t-3} , etcétera. Por tanto, a menos que el último año en el que tuvo lugar la infracción esté muy alejado del año t en el que se impone la multa, la situación con respecto a IB , y por ello a S , será la misma que en (a).

Pero si el último año en el que tuvo lugar la infracción está muy alejado del año t en el que se impone la multa, podemos encontrarnos con que el *Código de Comercio*, Artículo 30.1, proporcione a la empresa infractora una vía de escape: «[...] el volumen de negocios correspondiente a los ejercicios [...], [...] y [...] no puede ser facilitado por la empresa, toda vez que, de conformidad con cuanto le permite el artículo 30.1 del *Código de Comercio*, no se conserva la documentación y justificantes concernientes a su negocio y relativos a esos ejercicios», lo que obliga al órgano sancionador a “inventar” el volumen de negocios para cada uno de esos años.

La *Comunicación* propone hacerlo del siguiente modo: «Cuando para alguno o algunos de los años del período de duración de la infracción no sea posible calcular el volumen de ventas afectado por la infracción, se imputará a tales años el volumen de ventas afectado por la infracción del último año en el que se tenga constancia de que la infracción se ha producido [...]. En aquellos casos en que ni siquiera sea posible calcular el volumen de ventas afectado por la infracción durante el último año de la misma, se tomará en su lugar el volumen de ventas de las cuentas anuales aprobadas en el último ejercicio fiscal». Con esto, la probabilidad de generar la misma situación que en (a) aumenta.

(IV) Consecuencias de aplicar la «COMUNICACIÓN»

La consecuencia inmediata de aplicar el método de determinación de multas contemplado en la *Comunicación* es que aquéllas tienden a ser **muy superiores** a las que, estrictamente aplicada, la Ley 15/2007 produce. Eso ocurre porque, como ya se ha indicado, este “método” presenta, **por construcción**, un sesgo matemático a hacer desaparecer del Artículo 63.1 la cualificación “hasta”, siendo sustituida por “siempre”: *Para las infracciones leves, siempre el 1%; para las graves, siempre el 5%; y para las muy graves, siempre el 10%*.

Sólo hay una forma de evitar ese sesgo, y aun así sólo en el caso de las empresas multi-producto y/o multi-mercado, y tampoco siempre. Consiste en interpretar el concepto “volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa” como el ingreso consolidado de la empresa. En ese caso puede que en ocasiones (la probabilidad es mayor cuanto mayor es el volumen de ingreso consolidado) resulte $S_t < 0.1VMA_{t-1}$ (pero más difícil que resulte $S_t < 0.05VMA_{t-1}$ o $S_t < 0.01VMA_{t-1}$). Ahora bien, como ya hemos puesto de manifiesto (*Vid.* Apartado [I] más arriba) esa interpretación del concepto “volumen de negocios total [...]” es inasumible.

La segunda consecuencia, probablemente derivada de lo anterior, es que la AN no está a favor de tal “método” y, como resultado, sistemáticamente anula en ese punto (la determinación del monto de las multas) cuantas *Resoluciones* del Consejo de la extinta CNC pasan por su jurisdicción como consecuencia de los recursos contencioso-administrativos interpuestos por las empresas sancionadas.

Ocurre también que, como $S_t > 0.1VMA_{t-1}$, el órgano sancionador se ve forzado a considerar que el verdadero **cuadro de sanciones** no es el Artículo

63.1, sino el que resulta del algoritmo $S_t = C_a IB_t$; de modo que los intervalos (0%,1%), (0%,5%) y (0%,10%) del Artículo 63.1 (con sus respectivos grados alto, medio y mínimo, como obliga el Derecho español) **no** son verdaderos *intervalos sancionadores*, sino simples indicadores de la multa *máxima* que se puede imponer cuando S_t los supera, que es siempre: Si $S_t > 0.01VMA_{t-1}$ y la infracción es leve, la multa debe ser $0.01VMA_{t-1}$ porque ese es el máximo que permite la Ley; si $S_t > 0.05VMA_{t-1}$ y la infracción es grave, $0.05VMA_{t-1}$; y si $S_t > 0.1VMA_{t-1}$ y la infracción es muy grave, $0.1VMA_{t-1}$. En suma, el 1%, 5% y 10% del Artículo 63.1 no constituyen el límite superior de sendos **intervalos sancionadores** sino meros “*umbrales de nivelación*” [sic] de las sanciones obtenidas con el algoritmo $S_t = C_a IB_t$. (Véase, a este respecto, nuestro Voto Particular Discrepante a la Resolución de esta SALA de 10 de julio del 2014, en el marco del Expediente S/0446/12 ENDESA INSTALACIÓN). La Audiencia Nacional ha rechazado repetidamente ese “secuestro” del *cuadro sancionador* de la Ley 15/2007.

Sobre la base de todo lo anterior, realizaré las siguientes consideraciones discrepantes con la «Resolución»:

PRIMERO.-La *Resolución* afirma (pág. 62 y ss.): “[...] se ajustará el proceso de cuantificación de la sanción al método previsto en la referida **Comunicación**”. A la luz de lo expuesto con anterioridad queda claro que este Consejero estima que eso es inapropiado. Pero con independencia de ello, hago notar que, si se opta por aplicar la *Comunicación*, al menos debe hacerse estrictamente; y en mi opinión, la presente *Resolución* no lo hace.

En efecto, la *Resolución* dice (pág. 66): «De acuerdo con el párrafo 14 de la *Comunicación*, el importe básico de la sanción se obtendrá aplicando al volumen de ventas afectado por la infracción “un porcentaje que, **partiendo del 10 %, podrá incrementarse [hasta el 30%]** en consideración a los siguientes criterios [...]”. No obstante, en el presente caso, el Consejo [sic] estima razonable la reducción del citado porcentaje a un tipo del 5% [...]» Pues bien, no existe resquicio alguno en la *Comunicación* que permita hacer tal cosa. Ninguno. El parámetro p de la expresión [1] en el Apartado III anterior, posee un límite inferior del 10%, sin posibilidad de disminución alguna dentro del marco de la propia *Comunicación*.

El Apartado I-(4) de la *Comunicación* da pie a no aplicarla cuando el órgano sancionador entienda que no encuentra forma de hacerlo, en cuyo caso permite que sea sustituida, con carácter excepcional, por algún otro mecanismo de determinación de la sanción. Si lo que se pretende es utilizar el mencionado Apartado para *aplicarla pero cambiando sus parámetros matemáticos*, entonces el órgano sancionador se interna, *aún más de lo que ya lo hace la Comunicación*, en el terreno vedado de las “**formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición**” que la sanción “**dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador**” (STC [34/1996](#), de 11 de marzo, FJ 5).

Así, si el juzgador puede cambiar el parámetro p a la baja, también puede cambiar, cuando lo estime oportuno, los parámetros α_i , etcétera, en cuyo caso, ¿qué queda del Apartado I-(3) de la *Comunicación*? De hecho, y centrándonos en el caso que nos ocupa, **da exactamente lo mismo, desde el punto de vista matemático, reducir p que los α_i .**

SEGUNDO.- La *Resolución* dice lo siguiente (pág. 67): «Una vez alcanzada la suma correspondiente al importe básico de la sanción, la aplicación del artículo 63 LDC exige comprobar que la multa así calculada no supera el 10% del volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio anterior al de la imposición de la sanción». En otras palabras, tal como se ha indicado en el Apartado II del *Proemio*, la *Resolución* coloca el carro delante de los bueyes: “monto de la multa → % del volumen de negocios en el ejercicio...” Y continúa (pág. 67): «Ello es así porque el “10% sobre volumen de negocio total en el ejercicio anterior” no es un elemento de [...] graduación de la multa, sino un límite, el tope máximo más allá del cual no resulta posible sancionar [...]».

En mi opinión, el “10% sobre volumen de negocio total en el ejercicio anterior” **sí** es un elemento de graduación de la multa: el Artículo 63.1 de la Ley 15/2007 determina –en concordancia con la Constitución– un completo cuadro sancionador, dotado de intervalos matemáticos precisos para los distintos tipos de infracciones (leves, graves y muy graves), cada uno de los cuales posee, por aplicación del Derecho punitivo sancionador español, su correspondiente división en grados mínimo, medio y máximo; y de él forma parte el “10%” al igual que todos los puntos del intervalo (0%, 10%), dependiendo del tipo de infracción con la que están asociados.

Cosa distinta es que, como se argumenta en el Apartado IV del *Proemio*, el cuadro sancionador de la Ley 15/2007 esté “secuestrado” por el método de cálculo de sanciones de la *Comunicación*, siendo sustituido, *de facto*, por el resultante de ella, que es completamente distinto– algo que, a mi juicio, la CNMC **no** está facultada para hacer–.

TERCERO.-El “secuestro” del cuadro sancionador de la Ley 15/2007 por parte de la *Comunicación* tiene su origen en que, como se ha señalado en el *Proemio*, el método de cálculo de sanciones de la *Comunicación* posee –**por construcción**– un sesgo estructural a generar sanciones muy superiores al 10% de las ventas realizadas por la empresa infractora en mercado afectado en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa; y al contrario de lo que afirma la *Resolución*, el caso que nos ocupa es un ejemplo de ello.

En efecto, la *Resolución* dice (pág. 67): «No constando que el importe final de la multa [152.833,32 euros] supere el 10 % del volumen de ventas total de ANCCE en 2013 (2.743.231,19 €; folio 2123), el Consejo [sic] acuerda imponer a ANCCE [dicha multa]».

Pero eso ocurre porque (i) la *Comunicación* no ha sido adecuadamente aplicada (véase el Apartado PRIMERO más arriba); según mis cálculos, la sanción que genera la *Comunicación* no es 152.833,32 euros sino 305.666,65 euros); y (ii), y más importante aún, el volumen de ingresos que se ha utilizado no es el apropiado. Hemos argumentado en el Apartado I del *Proemio* que el “*volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior a la imposición de la multa*” al que se refiere la Ley 15/2007, no es el ingreso consolidado de la empresa (en este caso, 2.743.231,19 euros), sino **exclusivamente** el obtenido en el *mercado afectado por la infracción* (es decir, 1.268.072,18 euros).

Cuando eso se toma en cuenta, la sanción que resulta al aplicar la *Comunicación* es el 24% del “*volumen de negocios de la empresa infractora en el mercado afectado por la infracción*”, muy superior al 10% que la Ley 15/2007 establece como techo para las infracciones muy graves. De hecho, la multa impuesta en la *Resolución* (1.181.310,14 euros) es, a pesar de la –a mi juicio– injustificada reducción del parámetro *p*, también superior (el 12%).

CUARTO.- Si el anterior desarrollo argumental cuestiona la *Comunicación* –y por ello el procedimiento sancionador de la *Resolución*– en cuanto construcción matemático-económica, el **quid sustantivo de la controversia** radica en la vulneración del principio de legalidad y, en su consecuencia, del de seguridad jurídica, que inevitablemente conduce a la vulneración de la tutela judicial efectiva, ex Artículos 9 y 24 de la Constitución Española.

La *Comunicación* choca con el principio de legalidad al pretender dar mayor peso aplicativo a una disposición con rango normativo inferior a una Ley, que a preceptos legales concretos que sí tienen ese rango: el Artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, y los Artículos 62 y siguientes y concordantes de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, preceptos que han tenido un desarrollo doctrinal constitucional y jurisprudencial. A modo de recurso y simple mención citamos, por todas, la **STC 100/2003, de 2 de Junio**, que en cuanto a la reserva de Ley en la determinación de las sanciones administrativas establece lo siguiente:

«Se abre así la posibilidad de que las leyes se remitan a normas reglamentarias en este ámbito, con el límite infranqueable, en todo caso, de que dicha remisión no facilite “una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley” (SSTC [42/1987](#), de 7 de abril, FJ 2; [101/1988](#), de 8 de junio, FJ 3; [61/1990](#), de 29 de marzo, FJ 8; [341/1993](#), de 18 de noviembre, FJ 10; y [25/2002](#), de 11 de febrero, FJ 4). En definitiva, según se destaca en la STC [113/2002](#), de 9 de mayo, FJ 3, reiterando lo ya dicho en el fundamento jurídico 3 de la STC [305/1993](#), de 25 de octubre, “el art. 25 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que les sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no

esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley". »

Previamente recuerda lo dicho en la doctrina expresada por la STC 42/1987, de 7 de Abril:

«El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla “nullum crimen nulla poena sine [praevia] lege”, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término 'legislación vigente' contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora" (loc. cit., FJ 2). [...] hemos hecho hincapié en esta doble garantía en las SSTC [133/1999](#), de 15 de julio, FJ 2; [276/2000](#), de 16 de noviembre, FJ 6; [25/2002](#), de 11 de febrero, FJ 4; [75/2002](#), de 8 de abril, FJ 4; y [113/2002](#), de 9 de mayo, FJ 3.

En lo que ahora estrictamente interesa debemos señalar que, supuesta la vinculación de la garantía material con el principio de seguridad jurídica, este Tribunal ha precisado que incorpora el mandato de taxatividad o de lex certa, "que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones" (entre otras, SSTC [142/1999](#), de 22 de julio, FJ 3, y [123/2001](#), de 4 de junio, FJ 11)».

La certeza implica, como también tiene señalado la AN (por todas, SAN de 23 de diciembre de 2013, Recurso Nº 188/2012) *“una determinación clara en cuanto a la sanción aplicable, estableciendo al menos un mínimo y un máximo, que permita graduar la sanción administrativa [...]”.*

EN CONCLUSION: Mi discrepancia se fundamenta en las dos consideraciones sustantivas e interrelacionadas siguientes: **La primera**, por cuanto una norma de rango inferior no puede atacar lo prevenido y dispuesto por una norma con rango de Ley. **La segunda**, por cuanto la *Comunicación* es una creación *ad hoc* y su aplicación lleva a un resultado aritmético superior al 10% sancionador, que posteriormente se corrige caprichosamente en orden a reducirlo a dicho tope máximo del 10%, lo que representa un proceso sancionador que opera en sentido contrario al contemplado en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, con las consecuencias expuestas en el presente Voto Particular.

QUINTO.- En virtud de todo lo anterior, partiendo de la tipificación de la infracción como muy grave, y en atención a la dimensión y características del mercado afectado, al alcance de la infracción, a su duración, a sus efectos sobre los

consumidores y usuarios, y no habiéndose apreciado agravante ni atenuante alguno, este Consejero considera que, **en el supuesto de que el Expediente deba ser concluido con sanción para la imputada**, el 5% (que es el punto medio del intervalo sancionador correspondiente a las infracciones muy graves en la Ley 15/2007) sobre el volumen de ventas realizadas durante el ejercicio 2013 en el mercado afectado, sería adecuado. Es decir, 63.403€.

SEXTO.- He puesto de manifiesto que el monto de la multa debe ser 63.403€...«**en el supuesto de que el Expediente que nos ocupa deba ser concluido con sanción para la imputada**», Ahora bien, más allá de mi oposición al método sancionador utilizado en la *Resolución*, a mi juicio el Expediente merece ser *archivado*, toda vez que no encuentro, en virtud de los hechos reflejados en él, elementos que me permitan concluir con la necesaria certeza, que la imputada ha infringido la legislación en materia de defensa de la competencia. En ese sentido, me adhiero al Voto Particular del Consejero D. Fernando Torremocha y García-Sáenz.

Así por este mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 11 de julio de 2014.