

RESOLUCIÓN

Expte. S/DC/0576/16, LOGISTA

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D. Josep Maria Guinart Solà

D. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Ortiz Aguilar

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 15 de junio de 2017.

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente S/DC/0576/16, LOGISTA, tramitado ante la denuncia formulada por parte de LK BITRONIC, S.L. (BITRONIC), contra COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A.U. (LOGISTA) por supuestas conductas restrictivas de la competencia contrarias a los artículos 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 22 de febrero de 2016, tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) denuncia (folios 1 a 91), presentada por LK BITRONIC, S.L. (BITRONIC) contra COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A.U. (LOGISTA) por una supuesta infracción de los artículos 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) consistente en poner trabas a la hora de proporcionar datos a BITRONIC y otros competidores para que éstos puedan ofrecer las mismas prestaciones que su programa informático STRATOR y en situar a los proveedores de programas de gestión de estancos que compiten con STRATOR en una situación de desigualdad a través de diversas prácticas desleales.
2. A la vista de la denuncia, el 14 de marzo de 2016 la DC decidió iniciar un procedimiento de información reservada bajo el número de referencia S/DC/0576/16, solicitando a BITRONIC, información sobre el programa informático que esta empresa vende a las expendedurías de tabaco, con el fin de determinar si podía haber indicios de infracción en los hechos denunciados (folios 99-101).

La respuesta a la solicitud de información efectuada tuvo entrada en la CNMC el 4 de abril de 2016 (folios 103-171).

3. Con fecha 19 de abril de 2016, la DC solicitó a LOGISTA información sobre el programa informático que esta empresa vende a las expendedurías de tabaco y sobre el contrato de prestación de servicios informáticos firmado con BITRONIC (folios 172-175).

La respuesta tuvo entrada en la CNMC el 5 de mayo de 2016 (folios 178-216).

4. Con fecha 23 de mayo de 2016, el denunciante aportó nuevas evidencias sobre las razones alegadas por diversos clientes para el cambio de programa informático a STRATOR y solicitó la adopción de una medida cautelar consistente en la orden de cesación, dirigida a LOGISTA, del ofrecimiento de financiación en la compra de productos de tabaco condicionada a la adquisición de STRATOR (folios 238-296).

Posteriormente BITRONIC aportó información complementaria con fecha 14 de julio de 2016 (folios 297- 303) y 2 de noviembre de 2016 (folios 304-321).

5. Con fecha 7 de noviembre de 2016, la DC elevó al Consejo de la CNMC escrito proponiendo la no incoación de expediente y el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por BITRONIC, por considerar que no hay indicios de infracción de la LDC (folios 322 a 375).
6. Con fecha 28 de diciembre de 2016, el denunciante aportó nuevamente información complementaria referida a la nueva campaña publicitaria desarrollada por LOGISTA respecto a su programa informático STRATOR (folios 376-378).
7. Con fecha 6 de febrero de 2017 tuvo entrada en la CNMC, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.Cuatro.k) de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, escrito del Presidente del Comisionado para el Mercado de Tabacos (folio 379) remitiendo la denuncia presentada ante dicho organismo por el abogado representante de BITRONIC, el 25 de octubre de 2016 (folios 380-396), contra determinadas prácticas ejecutadas por LOGISTA (a la que se adhieren otras catorce empresas y una Asociación de Expendedores de Tabaco y Timbre), así como las sucesivas contestaciones de dicho organismo a la empresa denunciante (escritos de contestación de 11 de noviembre de 2016 y 2 de febrero de 2017).
8. Con fecha 10 de febrero de 2017, tuvo entrada en la CNMC nueva información complementaria remitida por el denunciante, consistente en la respuesta remitida por BITRONIC al escrito del Comisionado para el Mercado de Tabacos de 11 de noviembre de 2016 (folios 434-455) así como en copia de la publicidad insertada por LOGISTA en la revista "*La Boutique del Fumador*" respecto a la extensión de su programa informático STRATOR en diversos estancos (folios 456-457).
9. Con fecha 18 de mayo de 2017, tuvo entrada en la CNMC nuevo escrito de BITRONIC (folios 462-464) acompañado de información complementaria

consistente en los escritos presentados por dos titulares de estancos (folios 465-467 y 471) denunciando prácticas presuntamente abusivas llevadas a cabo por LOGISTA en su relación comercial con dichos estancos. Se adjuntaba versión confidencial de dichos escritos de denuncia (folios 468-470 y 472).

10. Igualmente, con fecha 19 de mayo de 2017, tuvo entrada en la CNMC escrito de BITRONIC (folios 475-478) solicitando la incorporación al expediente del escrito de 27 de abril de 2017 remitido por el Comisionado para el Mercado de Tabacos como respuesta a consulta previa realizada por BITRONIC y otras catorce empresas respecto a las condiciones de financiación que puede ofrecer LOGISTA a los estancos y su comunicación al Comisionado (folios 477-478).
11. El Consejo de la CNMC en Sala de Competencia deliberó y adoptó la presente Resolución en su reunión de 15 de junio de 2017.

HECHOS ANALIZADOS

La denuncia objeto de este expediente ha sido valorada por este Consejo partiendo de los hechos expuestos por la DC en su propuesta de archivo y la documentación recabada en el expediente.

1. LAS PARTES

1.1. LK BITRONIC, S.L. (BITRONIC)

BITRONIC es una empresa que se dedica al desarrollo e implantación de soluciones informáticas para todo tipo de negocios del sector *retail* en España: expendedorías de tabaco, peluquerías/centros de estética, tiendas/comercios, bares/restaurantes y panaderías/pastelerías.

De acuerdo a la información publicada en su página web (<http://www.lkbitronic.com/programa-y-tpv-para-estancos>), en el segmento de los estancos, BITRONIC comercializa una solución integrada constituida por un terminal de punto de venta (*TPV Bitronic*) unido al *software* para estancos (*Estancos Élite*) homologado por LOGISTA. Comercializa varias opciones de terminales y ofrece también una solución denominada *Estancos Mobile* que permite supervisar el estanco desde cualquier lugar y en cualquier momento.

La empresa forma parte junto con Logic Key¹, del Grupo Bitronic, que se constituyó en 1979 y cuya actividad se centra en el desarrollo e implantación de soluciones informáticas para todo tipo de negocios. Dispone de cinco delegaciones en España (Madrid, Asturias, Valencia, Málaga y Gerona) y actualmente tiene más de 9.500

¹ Logic Key [CONFIDENCIAL] (folios 140-141).

clientes y una cartera que ascienda a más de 14.000 TPVs instalados por toda la península (<http://www.lkbitronic.com/empresa>).

1.2. COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A.U. (LOGISTA)

LOGISTA se constituyó en septiembre de 1998 en la misma fecha en la que Tabacalera, S.A, su único socio, aprobó la segregación y aportación de la rama de actividad de importación y distribución mayorista de labores de tabaco a LOGISTA.

Este proceso se realizó en el marco de la liberalización de las actividades de elaboración, importación y venta al por mayor de los productos del tabaco comprendida en la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria.

Posteriormente, en noviembre de 1999, Tabacalera, S.A., se fusionó con la empresa francesa Seita, dando lugar a la empresa Altadis, S.A.U. que, en 2008, fue adquirida por Imperial Tobacco. En 2014, LOGISTA cambió su denominación por la de Compañía de Distribución Integral Logista Holdings, S.A.U., que es la matriz del grupo LOGISTA. El principal accionista del Grupo LOGISTA es Imperial Tobacco Group, plc (72%), a través de Altadis.

El Grupo LOGISTA se dedica a la gestión integrada de la distribución de productos y servicios en el sur de Europa, sirviendo a alrededor de 300.000 puntos de venta en España, Portugal, Francia e Italia, y a mayoristas en Polonia. El grupo distribuye todo tipo de productos derivados del tabaco, conveniencia, recarga electrónica, farmacéuticos, libros, publicaciones y loterías, entre otros.

En el sector del tabaco sus Terminales de Puntos de Venta (TPVs) o su portal del estanco permite, en cualquier momento, realizar pedidos, obtener información completa y actualizada sobre pedidos, precios y disponibilidad de productos, etc., así como acceder a una amplia gama de productos y servicios complementarios.

De acuerdo con el Informe Anual del Grupo Logista en 2015², éste distribuye sus productos en España y Portugal en alrededor de 165.000 puntos de venta. Dentro del grupo, la compañía LogistaDis es el distribuidor mayorista de productos de conveniencia en España. Su oferta de productos incluye artículos de fumador y relacionados con el tabaco, papelería, confitería y alimentación, accesorios de tecnología, tarjetas y otros productos de telefonía.

LOGISTA distribuye prácticamente la totalidad de las labores del tabaco que se comercializan en España. LOGISTA trabaja con Altadis (Imperial Tobacco Group — Fortuna, Ducados, Nobel, Gauloises, John Player, West Brooklyn, etc.), Philip Morris International (Marlboro, Chesterfield, L&M, etc.), Japan Tobacco International (Winston, Camel, etc.) y British American Tobacco (Lucky Strike, Pall Mall, etc).

²<http://www.grupologista.com/es/inversores/informacion/Documents/Recursos%20Informe%20Anual%202015/sources/projet/Informe-Anual-Logista-2015.pdf>

Asimismo, en el segmento de los estancos, de acuerdo con información facilitada por LOGISTA, ésta comercializa soluciones de terminales para la gestión de puntos de venta, teniendo instaladas unas 28.000 TPV en Italia (Gestionale - unos 20.000 estancos) y Francia (Strator³ - unos 8.000). En España, LOGISTA comercializa, desde el 28 de abril de 2015, la solución STRATOR para estancos, compuesta de programa informático, terminal de punto de venta y garantía total durante cinco años (folios 179-181). LOGISTA ha indicado que no comercializa ni tiene previsto comercializar STRATOR en otros comercios minoristas distintos del estanco (folio 183).

Como se ha indicado, además de la distribución de productos de tabaco y de productos de conveniencia a través de LogistaDis, LOGISTA también opera en los siguientes sectores de distribución, según la información incorporada a su página web sobre distintas empresas del grupo:

- En la distribución de recargas electrónicas para telefonía móvil prepago en España y Francia, así como para transporte público en España.
- En el transporte urgente de paquetería y documentación (a través de Nacex) con más de 300 agencias y 29 plataformas en España, Portugal y Andorra.
- En la red de transporte capilar a temperatura controlada (a través de Integra2) especializada en los sectores farmacéutico y de alimentación en España y Portugal.
- En la gestión de transporte a larga distancia y carga completa en la UE y países periféricos, incluyendo el transporte a temperatura controlada (a través de Logesta).
- En la distribución farmacéutica a hospitales y centros de atención primaria, distribución a mayoristas y distribución a oficinas de farmacia (a través de Logista Pharma).
- En la distribución de publicaciones periódicas, coleccionables y revistas (a través de Logista Publicaciones); y en distribución de libros (a través de Logista Libros).

2. MERCADOS AFECTADOS

2.1. Mercados de producto

En la propuesta de archivo elevada a esta Sala con fecha 7 de noviembre de 2016 la DC considera que una delimitación exacta de los mercados de producto afectados no

³ El producto pertenece a la empresa francesa Metavideotex Distribution integrada en la sociedad francesa SEITA

afecta a las conclusiones de su análisis, por lo que podría dejarse abierta la definición de los mismos. Esta Sala coincide en general con esta aproximación y con la definición general de mercados efectuada por el órgano instructor que describe los siguientes mercados de producto en relación a los hechos consignados en la denuncia.

En primer lugar, señala la DC, el mercado de producto relevante a efectos del expediente se encuentra comprendido dentro de la prestación de servicios informáticos, sector analizado en diversas ocasiones⁴ por la Comisión Europea, quien ha identificado siete categorías de servicios: (1) mantenimiento de *hardware*; (2) mantenimiento y apoyo de *software*; (3) consultoría de tecnologías de la información y de negocio; (4) desarrollo e integración de *software*; (5) servicios de gestión de tecnologías de la información; (6) servicios de gestión de negocio y (7) educación y formación.

Tanto LOGISTA como BITRONIC prestan servicios de desarrollo e integración de *software* para la gestión integral y mantenimiento de estancos, mediante sus soluciones STRATOR y BITRONIC, respectivamente, prestando además servicios de mantenimiento del *hardware*. La solución STRATOR, además, incorpora TPVs y garantía total prestando servicios de mantenimiento del hardware que conforma su propia solución. BITRONIC ofrece también al cliente la posibilidad de adquirir aquellos elementos de hardware que necesite así como de mantenerlos.

La Sala adicionalmente señala que junto a este mercado de servicios de desarrollo e integración de *software* para la gestión integral y mantenimiento de estancos, podrían también considerarse otros mercados como el mercado de servicios de gestión propiamente dicho del negocio a través de servicios o software informático. O incluso podrían definirse mercados más estrechos como en precedentes ya resueltos por la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC)⁵ en otros segmentos comerciales, en los que se ha establecido que determinadas soluciones informáticas para la gestión de determinados tipos de negocio, como oficinas de farmacia en dichos expedientes, pueden constituir un mercado de producto en sí mismo, dada la escasa sustituibilidad de este producto con soluciones informáticas generales o aplicadas a la gestión de otro tipo de negocios.

La DC considera que existe, por otro lado, un mercado estrechamente relacionado con el mercado relevante definido anteriormente. Se trata del mercado de distribución mayorista de tabaco, en el que LOGISTA es un actor principal ya que, de acuerdo con la información publicada por el Comisionado para el Mercado de Tabacos⁶, en el año 2015 dispuso de una cuota en el mercado de cigarrillos del 90% sobre una facturación de 10.312 millones de euros. La DC señala igualmente que el mercado de cigarrillos supone cerca del 87% del total del mercado de labores de tabaco, que presentó en 2015 una facturación de 11.904 millones de euros, frente a 11.849 millones en el ejercicio anterior.

⁴ Casos COMP/M.5197 HP/EDS; COMP/M.2478 IBM ITALIA/BUSINESS SOLUTIONS/JV; COMP/M.1901 CAP GEMINI/ERNST & YOUNG; IV/M.1561 GETRONICS/WANG.

⁵ Resolución de 21 de abril de 2010, expte. C-0226/10 GLINTT GLOBAL INTELLIGENT/CONSOFT.

⁶ <http://www.cmtabacos.es/wwwcmt/paginas/ES/mercadoEstadisticas.tmp>

Adicionalmente, aunque no se haya considerado relevante por la Dirección de Competencia en el presente expediente, junto al mercado de distribución mayorista de tabaco en el que opera LOGISTA, las prácticas denunciadas hacen alusión también al mercado de comercialización de productos de conveniencia, como productos complementarios para estancos y comercios minoristas, en el que opera la empresa Logista Dis, filial de LOGISTA. Este mercado incluiría artículos de fumador y otros productos relacionados con el tabaco, papelería, confitería y alimentación, accesorios de tecnología, tarjetas y otros productos de telefonía.

Finalmente, las prácticas denunciadas también aluden al mercado de servicios de seguimiento de ventas minoristas (“Sales Tracking Data”). Este mercado, en lo relativo a bienes de consumo, fue definido por la Comisión europea en el expediente IP-96-1117 IRI/NIELSEN, como aquellos servicios de seguimiento consistentes en la recopilación de información sobre ventas actuales de productos, precios, promociones y otros datos de mercado de diversos bienes de consumo. Sin embargo en decisiones posteriores la Comisión también ha segmentado este mercado dependiendo del sector económico afectado, como es el caso de varios mercados de servicios de seguimiento de ventas minoristas en el sector farmacéutico definidos en diversas decisiones de la Comisión Europea (resoluciones de 3 de julio de 2001, expediente D3/38.044 NDC/IMS HEALTH; de 2 de febrero de 2010, expediente COMP/M.5736 TPG/IMS HEALTH y de 19 de diciembre de 2014, expediente COMP/M.7337 IMS HEALTH/CEGEDIM BUSINESS). Aunque la definición puede dejarse abierta, no puede descartarse la existencia de un mercado de servicios de seguimiento de ventas minoristas de productos de tabaco si se estimaran existentes en este sector económico características similares a las que motivaron esta definición en el sector farmacéutico.

2.2. Mercados geográficos

La DC deja abierta nuevamente la definición de los mercados geográficos afectados, dado que una delimitación exacta de los mismos no afecta a las conclusiones del análisis. No obstante señala que, respecto al mercado de servicios de desarrollo e integración de *software* existen factores que apuntan a una dimensión europea, ya que la solución STRATOR se comercializa en otros países de la Unión, aunque las redes de captación y atención al cliente tienen un claro componente nacional.

En lo referente a la distribución minorista de tabaco la DC considera que esta distribución puede seguir patrones diferenciados en los distintos países, por lo tanto, los respectivos programas deberían responder a diversas casuísticas, apuntando estos parámetros a una dimensión nacional, al igual que lo que respecta a la distribución mayorista de tabaco, que por motivos regulatorios y de necesidades de infraestructuras logísticas, tiene una clara dimensión nacional.

2.3. Mercado de prestación de servicios informáticos para la gestión de estancos

En el siguiente cuadro se refleja la red de expendedorías de tabaco y timbre en España a 29 de septiembre de 2016, de acuerdo con la información suministrada en la página web del Comisionado para el Mercado de Tabacos (CMT):

| CUADRO 1: RED DE EXPENDEURIAS A 29-09-2016 | | | | | |
|--------------------------------------------|-------------|---------------|------------------------|--------------------|--------|
| Comunidad Autónoma | Provincias | Número | Comunidad Autónoma | Provincias | Número |
| Andalucía | Almería | 223 | Cataluña | Barcelona | 1.094 |
| | Cádiz | 311 | | Girona | 255 |
| | Córdoba | 292 | | Lleida | 172 |
| | Granada | 338 | | Tarragona | 226 |
| | Huelva | 180 | Ceuta | Ceuta | 36 |
| | Jaén | 240 | Comunidad de Madrid | Madrid | 1.063 |
| | Málaga | 352 | Comunidad Valenciana | Alicante | 482 |
| | Sevilla | 425 | | Castellón | 173 |
| Aragón | Huesca | 130 | | Valencia | 685 |
| | Teruel | 89 | Extremadura | Badajoz | 296 |
| | Zaragoza | 289 | | Cáceres | 226 |
| Cantabria | Cantabria | 261 | Galicia | A Coruña | 479 |
| Castilla y León | Ávila | 106 | | Lugo | 181 |
| | Burgos | 131 | | Ourense | 232 |
| | León | 215 | | Pontevedra | 339 |
| | Palencia | 84 | Illes Balears | Baleares | 340 |
| | Salamanca | 167 | Islas Canarias | Las Palmas | 25 |
| | Segovia | 95 | | Sta. Cruz Tenerife | 27 |
| | Soria | 41 | La Rioja | La Rioja | 106 |
| | Valladolid | 167 | Melilla | Melilla | 33 |
| | Zamora | 122 | Navarra | Navarra | 201 |
| Castilla-La Mancha | Albacete | 161 | País Vasco | Alava | 84 |
| | Ciudad Real | 214 | | Guipuzcoa | 199 |
| | Cuenca | 133 | | Vizcaya | 297 |
| | Guadalajara | 90 | Principado de Asturias | Asturias | 412 |
| | Toledo | 256 | Región de Murcia | Murcia | 432 |
| Subtotal | | 5.112 | Subtotal | | 8.095 |
| TOTAL | | 13.207 | | | |

Fuente: Comisionado para el Mercado de Tabacos

De acuerdo con la información facilitada por LOGISTA a la DC, en España existen 13.260⁷ estancos, de los que 8.520 disponen de TPV de diversos proveedores y el resto realiza sus pedidos por otras vías tales como teléfono, fax o accediendo directamente al portal del estanco (folio 187), tal y como se analizará más adelante.

⁷ El número de expendedorías se mueve constantemente. La diferencia entre ambas fuentes puede deberse a la fecha considerada por parte de LOGISTA.

Entre los productos competidores de STRATOR se encuentran, además de BITRONIC, Gestanco⁸, Inforestanco⁹ y Nuestro Estanco¹⁰ (folios 8; 12; 183; 187).

A continuación se refleja la estructura del mercado de programas informáticos de gestión para estancos en el siguiente cuadro:

| CUADRO 2: MERCADO DE SOFTWARE PARA ESTANCOS (nº y %) | | |
|------------------------------------------------------|----------|--------|
| | Estancos | % |
| LK BITRONIC | 6.087 | 71,44 |
| STRATOR | 1.329 | 15,60 |
| GESTANCO | 920 | 10,80 |
| INFORESTANCO | 150 | 1,76 |
| NUUESTRO ESTANCO | 34 | 0,40 |
| Total | 8.520 | 100,00 |
| Otros medios (sin TPV) | 4.740 | |
| Total estancos | 13.260 | |
| Fuente: expediente | | |

Del análisis de los datos contenidos en el cuadro se desprende que un 35,75% de los estancos no disponen de TPV, realizando sus pedidos a través de teléfono/fax, o a través del portal del estanco, mediante un ordenador.

3. NORMATIVA

Las principales normas que regulan el mercado del tabaco en España son la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria y el Real Decreto 1199/1999¹¹, de 9 de julio, por el que se desarrolla la ley anterior y se regula el estatuto concesional de la red de expendedurías de tabaco y timbre.

La ley liberaliza las actividades de elaboración, importación y venta al por mayor de los productos del tabaco y mantiene el monopolio del comercio al por menor de labores de tabaco a favor del Estado a través de la Red de Expendedurías de Tabaco y Timbre. El comercio al por menor continúa revistiendo el carácter de servicio público y constituye un instrumento fundamental para el control de un producto con notable repercusión aduanera y tributaria.

Regula además el acceso a la titularidad de una expendeduría; establece limitaciones a las actividades de publicidad, promoción y patrocinio; fija el margen de los expendedores por sus ventas de labores de tabaco y les obliga a adquirir el tabaco a

⁸ Desarrollado por la Unión de Asociaciones de Estanqueros de España.

⁹ Desarrollado por la empresa SMC Programación Tecnológica, S.L.

¹⁰ Desarrollado por la Asociación de estanqueros de Valencia.

¹¹ <https://www.boe.es/buscar/pdf/1998/BOE-A-1998-10407-consolidado.pdf>;
<https://www.boe.es/buscar/pdf/1999/BOE-A-1999-15353-consolidado.pdf>

los distribuidores mayoristas; asimismo, establece que los mayoristas no podrán remunerar a los expendedores más que con la retribución establecida por la ley y que las condiciones de crédito y distribución que otorguen al expendedor deberán ser homogéneas en todo el territorio nacional de modo que se garantice la neutralidad en el suministro.

La norma también crea el Comisionado para el Mercado de Tabacos (CMT) con funciones reguladoras y de vigilancia. En el marco de estas facultades de inspección, el CMT podrá recabar de las expendedorías la información desglosada de las ventas diarias de labores de tabaco, que se realizará en formato electrónico en aquellas que dispongan de medios informáticos.

La normativa vigente establece, asimismo, el régimen sancionador aplicable a los diferentes operadores y considera, en particular, como infracciones muy graves, entre otras, el ofrecimiento de condiciones de crédito o de financiación de los productos más favorables para el expendedor que los establecidos en el Real Decreto así como la aceptación por parte del expendedor de estas condiciones más favorables.

4. HECHOS DENUNCIADOS E INVESTIGADOS

La conducta denunciada por BITRONIC se refiere al posible aprovechamiento de la posición de dominio de LOGISTA en el mercado de distribución mayorista de tabaco para obstaculizar la competencia efectiva en el mercado conexo de prestación de servicios informáticos para la gestión de estancos, mediante el lanzamiento en 2015 de su programa STRATOR.

A juicio del denunciante las actuaciones de LOGISTA que se examinarán a continuación supondrían que la citada empresa distribuidora de tabaco estaría vulnerando los artículos 2 y 3 de la LDC mediante la realización de una venta vinculada de un producto distinto al de su actividad principal (artículo 2 LDC); mediante el ejercicio de prácticas agresivas en la venta de su programa (artículo 8 LCD); mediante la obstaculización del acceso a servicios básicos del Portal (artículo 16 LCD) y mediante la violación de normas por financiar de manera ilícita a los estancieros que adquieren STRATOR (artículo 15 LCD) (folios 17; 31).

4.1. Hechos relacionados con el Portal del Estanco

De acuerdo con la información facilitada por LOGISTA, el Portal del Estanco (Portal) es una herramienta web disponible para todos los estancos, que ofrece LOGISTA y al que puede acceder cualquier titular de una expendedoría a través de un ordenador, no siendo necesario ningún programa informático de gestión; tan solo que el interesado solicite sus credenciales, con las que entrará en el Portal a través del área cliente (folios 181-183; 186-187).

El Portal dispone de dos áreas funcionales:

- Área de contenidos: en esta área se publican circulares de nuevos lanzamientos de productos, actualización catálogo de productos, actualización de precios publicados en el Boletín Oficial del Estado (BOE), condiciones de distribución de LOGISTA, entre otros. De cada artículo se facilita, entre otra, la siguiente información: código SAP, denominación, impuestos aplicables, precio unitario, unidad mínima de pedido y venta y código de barras.
- Área transaccional: en esta área el cliente puede crear/modificar/anular/consultar un pedido (ordinario/extraordinario), consultar albaranes, descargar facturas, consultar calendario de sacas, modificar sus datos.

También se puede acceder al Portal a través de los distintos programas de gestión de estancos existentes en España, siendo necesaria, la homologación por parte de LOGISTA. Ésta, ha facilitado la conexión directa al Portal a todos los programas de gestión del estanco utilizados por los expendedores para poder efectuar los pedidos a LOGISTA: LK BITRONIC, Gestanco, Inforestanco, El Corte Inglés y Nuestro Estanco. En todos estos programas, es posible realizar pedidos ordinarios/extraordinarios a través del TPV. En este sentido, el Portal proporciona los requerimientos técnicos necesarios así como los datos maestros de clientes y artículos necesarios para que la transmisión del pedido pueda producirse. Una vez preparado el pedido, los programas lo transmiten a través del Portal. En ese momento, el estancero debe acceder al Portal con su contraseña para confirmar su pedido.

De acuerdo con la información facilitada por LOGISTA, los pedidos que le realizan las expendedurías a través del Portal proceden de las siguientes vías:

| CUADRO 3: PROCEDENCIA DE LOS PEDIDOS AL PORTAL DEL ESTANCO (nº y %) | | |
|----------------------------------------------------------------------------|-----------------|----------|
| | Estancos | % |
| LK BITRONIC | 3.647 | 42,77 |
| STRATOR | 871 | 10,21 |
| DIRECTO PORTAL | 3.484 | 40,85 |
| GESTANCO | 410 | 4,81 |
| INFORESTANCO | 91 | 1,07 |
| NUUESTRO ESTANCO | 12 | 0,14 |
| EL CORTE INGLÉS | 13 | 0,15 |
| Total | 8.528 | 100,00 |
| Fuente: expediente | | |

Los pedidos del resto de expendedurías, hasta alcanzar las 13.200 que existen aproximadamente, en la actualidad, se reciben en LOGISTA por otras vías tales como teléfono y fax.

A la vista del cuadro se desprende que un porcentaje elevado de expendedurías (40,85%) realizan sus pedidos directamente al Portal, a pesar de disponer de programas informáticos, tal como se desprende de los datos incorporados en el cuadro

2. De las expendedurías que disponen de programa informático de gestión para estancos, unas realizan los pedidos a través del Portal y otras, no.

En el siguiente cuadro se reflejan los porcentajes de uso de cada uno de los programas:

| CUADRO 4: MERCADO DE TPV PARA ESTANCOS (nº y %) | | | |
|-------------------------------------------------|----------|--------------------------|-------|
| | Estancos | Estancos pedido programa | % |
| LK BITRONIC | 6.087 | 3.647 | 59,91 |
| STRATOR | 1.329 | 871 | 65,54 |
| GESTANCO | 920 | 410 | 44,57 |
| INFORESTANCO | 150 | 91 | 60,67 |
| NUUESTRO ESTANCO | 34 | 12 | 35,29 |
| Total | 8.520 | 5.031 | 59,05 |
| Fuente: expediente | | | |

LOGISTA indica que el porcentaje de facturación de los pedidos de tabaco, timbre y documentos a través del Portal es del 87,6%, realizándose el 12,4% restante de la facturación en la tienda física de LOGISTA. En todo caso, LOGISTA señala que en el Portal están disponibles todas las facturas para su descarga, independientemente del canal por el que se haya realizado el pedido.

4.2. Hechos relacionados con el programa BITRONIC

El programa que BITRONIC vende a las expendedurías de tabaco es un *software* específico destinado a gestionar los distintos aspectos que intervienen en la operativa del estanco: registro de ventas y clientes; control del inventario de artículos; elaboración y envío de pedidos a proveedores; confección de análisis y listados de control y supervisión de sus distintos apartados o el control de los arqueos de caja, entre otros (folios 103-109).

El *software* también ofrece a la expendeduría la posibilidad de prestar otros servicios a sus clientes – opcionales para el estanco – que se incluyen en su lógica de negocio, tales como la realización de transferencias de dinero, recargas a teléfonos móviles o el envío de mensajería/paquetería. También incorpora otras opciones automatizadas, destinadas a facilitar al usuario ciertos procesos, tales como los cambios de precios automáticos de las labores del tabaco, basándose en su publicación en el BOE, o la actualización automática del propio *software*.

El programa está dividido en tres partes interrelacionadas: generación y registro de ventas; mantenimiento y gestión del negocio (caja, control inventario artículos, albaranes, gestión de cuentas, confección pedidos); relación con proveedores tanto de productos como de servicios.

En la actualidad, el programa está enlazado con tres proveedores de labores de tabaco: LOGISTA, COMET (Compañía de Tabacos del Mediterráneo) y GLOBAL PREMIUM. Para productos complementarios, el programa enlaza sólo con COMET y GLOBAL PREMIUM¹². En relación con los servicios, el programa enlaza con la plataforma de LOGISTA para la venta de recargas a móviles, con WESTERN UNION para envíos y recepción de dinero, con DHL para la prestación del servicio de mensajería y con NIELSEN y distribuidora LOGISTA para el envío de datos de ventas de aquellos clientes con quienes ambas compañías han firmado un acuerdo de cesión de datos.

El precio de venta del *software* se determina por el número de licencias. Habitualmente, el precio de la primera es de 600 euros (475 euros en determinados casos y campañas comerciales) y de 360 euros cada licencia adicional. Con la adquisición de la primera licencia se incluyen por un período de seis meses servicios de postventa que incluyen actualización automática del *software*, formación, resolución de dudas y consultas y asistencia en configuraciones de dispositivos. Transcurridos estos seis meses, se puede contratar opcionalmente un servicio postventa que incluye mantenimiento de *software* (misma cobertura anterior) y servicio de préstamo de material en caso de avería técnica si el dispositivo averiado fue adquirido a BITRONIC. La cuota trimestral actual es de 55,91 euros.

Otro servicio opcional reciente es la ampliación de garantía del ordenador para los dispositivos adquiridos a BITRONIC. Este servicio no forma parte del mantenimiento del programa sino que se ocupa de cualquier incidencia técnica en el ordenador durante un período máximo de cinco años, incluyendo la instalación y configuración de un antivirus y un sistema de copias de seguridad y pagándose por él una cuota anual.

BITRONIC ofrece a los clientes varios paquetes con diferentes opciones, pudiendo adquirirse la licencia de software de forma independiente o junto a los elementos de hardware que pueda necesitar. La solución completa incluye el *software* y los dispositivos de *hardware* más habituales (ordenador, pantalla táctil, impresora de tickets, escáner lector de código de barras, visor de cliente, cajón portamonedas, impresora DIN A4, teclado y ratón) costando para nuevos clientes 1.599 euros.

De acuerdo con la información publicada en la página web de BITRONIC, actualmente existe un Plan Renove (con financiación del BBVA) para clientes (equipo no completo) por 23 €/mes durante 60 meses y para no clientes (equipo completo + licencia) por 32 €/mes durante el mismo período de tiempo¹³.

BITRONIC ha sido homologado por LOGISTA en 2001 y 2003 (folios 121-123).

Con COMET y GLOBAL PREMIUM, el proceso de homologación consistió en el cumplimiento de unas directrices técnicas indicadas por parte de BITRONIC a ambas empresas, con el objeto de garantizar el correcto funcionamiento de los procesos de cambios de precios desde el programa informático, gestión de artículos y recepción de pedidos por parte de ambos proveedores (folio 111).

¹² [CONFIDENCIAL] (folio 131).

¹³ <http://www.lkbitronic.com/plan-renove>

4.3. Hechos relacionados con el programa STRATOR

De acuerdo con la información facilitada por LOGISTA, STRATOR es un programa informático desarrollado por LOGISTA para la gestión comercial y contable del estanco desarrollado en entorno web y con acceso universal desde cualquier dispositivo con conexión a internet. El programa se lanzó en España el 28 de abril de 2015 (folios 180-181).

Este programa permite diversas funciones: pedidos a proveedores de cualquier producto, control de stocks, actualizaciones de precios, estadísticas de gestión, gestión de accesos a empleados y creación/mantenimiento de productos. Incluye, entre otros, 5 años de garantía total; precios de LOGISTA actualizados en el momento en que se produce variación; incorporación automática de pedidos ordinarios, extraordinarios y de tienda; artículos nuevos/descatalogados, actualizados e incorporados a la base de datos de STRATOR automáticamente (folios 45-47).

STRATOR se vende conjuntamente con los siguientes periféricos: terminal táctil HP, teclado, ratón, visor, escáner e impresora de tickets. El precio medio de venta es de 3.088 euros (más IVA) e incluye las actualizaciones del programa y el mantenimiento del equipo durante cinco años. Todos los contratos se realizan por este período de tiempo. Se puede pagar al contado o financiado en 60 cuotas mensuales.

De acuerdo con la información facilitada por BITRONIC, en la actualidad, LOGISTA ha lanzado un Plan Renove y un Plan Amigo. El primero consiste en una reducción del precio de hasta 1.000 € por el equipo antiguo (700 € por el equipo sea cual sea su antigüedad/marca/modelo y 300 € por recibir una formación presencial del nuevo equipo) (folios 89-90). Y el segundo consiste en la entrega de 300 euros (a descontar de las cuotas mensuales, si se pagó a plazos, o a ingresar en cuenta, si se pagó al contado) al cliente por cada nuevo cliente que vaya de su parte (folios 257-260).

4.4. Hechos relativos a las relaciones entre LOGISTA y las expendedorías de tabaco y timbre

4.4.1. Condiciones Generales de Distribución

LOGISTA ha comunicado al CMT y ha publicado en el Portal las Condiciones Generales de Distribución (CGD) (folios 191-201).

En las CGD, LOGISTA establece la tipología de pedidos (ordinarios, extraordinarios, urgentes), la periodicidad de suministro, los plazos de entrega, el coste del transporte, el pago, la financiación de los pedidos, el servicio postventa, el servicio de atención al cliente y su compromiso de comunicación al expendedor de las actualizaciones de precios tan pronto estén publicados en el BOE.

4.4.2. Condiciones Generales de Contratación – STRATOR

El contrato que regula la compraventa del programa STRATOR presenta las siguientes características (folios 80-86; 202-207):

- el cliente se compromete a proporcionar a LOGISTA sus datos diarios de existencias y ventas de productos de tabaco y otros;
- LOGISTA proporcionará al cliente, a su requerimiento expreso, los datos estadísticos del cliente y de otras expendedorías relativos a ventas mensuales de productos de tabaco, así como análisis, estudios de mercado o resultados de encuestas sobre productos de tabaco y otros productos;
- LOGISTA facilitará que el cliente pueda comercializar los servicios electrónicos de LOGISTA, actuales o futuros, a través de plataformas propias o ajenas y el acceso al Portal para la gestión completa de sus pedidos de productos físicos;
- LOGISTA se compromete a poner todos los medios a su alcance para asegurar el acceso permanente al Portal;
- el cliente se compromete a utilizar regularmente el TPV para realizar todas sus transacciones comerciales; a comunicar a LOGISTA las posibles dificultades en la captación e instalar, en su caso, los dispositivos que le indique LOGISTA para permitir o mejorar la transmisión “online” de los datos;
- LOGISTA queda facultada para suministrar los datos del cliente a fabricantes de tabaco y proveedores de otros productos, sociedades de su grupo y otras expendedorías de forma agregada y disociada; solo ofrecerá información individualizada a fabricantes de tabaco o proveedores de otros productos en relación a sus propias marcas, pero no de las de sus competidores;
- LOGISTA permite la instalación en STRATOR de programas terceros.

4.4.3. Contrato con expendedorías con otros programas de gestión

LOGISTA ha firmado contratos con las expendedorías interesadas que disponen de programas de gestión de estancos distintos a STRATOR (folios 71-79; 208-216), para la cesión voluntaria de datos de comercialización a LOGISTA. Las principales características de esos contratos son:

- la expendedoría se compromete a proporcionar a LOGISTA sus datos diarios de existencias y ventas de productos de tabaco y otros;
- LOGISTA proporcionará al cliente, a su requerimiento expreso, los datos estadísticos del cliente y de otras expendedorías relativos a ventas mensuales de productos de tabaco, así como análisis, estudios de mercado o resultados de encuestas sobre productos de tabaco y otros productos;

- la expendeduría consiente, expresamente, que LOGISTA acceda y capte “online”, y/o a través de dispositivos de almacenamiento y recuperación de los datos del terminal de la expendeduría, los datos comprometidos;
- la expendeduría se compromete a utilizar regularmente su TPV para realizar todas sus transacciones comerciales; a comunicar a LOGISTA las posibles dificultades en la captación e instalar, en su caso, los dispositivos que le indique LOGISTA para permitir o mejorar la transmisión “online” de los datos;
- LOGISTA queda facultada para suministrar los datos del cliente a fabricantes de tabaco y proveedores de otros productos, sociedades de su grupo y otras expendedurías de forma agregada y disociada; solo ofrecerá información individualizada a fabricantes de tabaco o proveedores de otros productos en relación a sus propias marcas, pero no de las de sus competidores;
- LOGISTA pagará a la expendeduría 150 euros anuales por los datos proporcionados;
- la duración del contrato es de tres años, prorrogables tácita e indefinidamente, por otra anualidad adicional.

De acuerdo con información facilitada por BITRONIC, con fecha 17 de marzo de 2015, la Asociación de Madrid de Expendedores de Tabaco y Timbre (AMETT) realizó consulta al CMT sobre la adaptación del contrato definido en este apartado a la Ley de Ordenación del Mercado de Tabacos (folio 87).

Mediante carta del presidente del CMT de 18 de diciembre de 2015, éste responde que *“los operadores mayoristas de tabaco disponen, en lo que se refiere a la obtención de información de ventas del mercado minorista de tabacos de total libertad para definir sus políticas y estrategias comerciales, siempre que respeten el marco normativo sanitario y las normas que regulan las condiciones de libre competencia entre operadores del mercado”* y añade que *“el ámbito de relaciones establecido en el contrato que nos adjunta no entra en conflicto, en la literalidad de su clausulado con ninguna de las previsiones contenidas en la normativa del Mercado de tabaco”* (folio 88).

4.4.4. Correspondencia con expendedurías

Con fecha 9 de julio de 2015, LOGISTA remitió un correo generalizado a las expendedurías en el que les indica que su sistema TPV Magenta¹⁴, que se lanzó 20 años antes y supuso la primera informatización de los estancos, deja de dar servicio desde el 1 de octubre de 2015. LOGISTA comunicó, asimismo, el lanzamiento de una nueva solución que se encuentra a su disposición en las delegaciones de LOGISTA, en las que existe un terminal de demostración (folio 66).

¹⁴ A juicio de BITRONIC, esta solución permitía la gestión informática del estanco en un estado muy primario y con pocas utilidades, básicamente realizar el pedido y conocer cambios de precios (folio 15).

Con fecha 4 de abril de 2016, la delegación de Barcelona de LOGISTA remitió a sus clientes de STRATOR el lanzamiento del programa Amigo, que, como se indicó anteriormente, premia la fidelidad del cliente que lleva un nuevo cliente (folios 257-260).

Previsiblemente, el lanzamiento del Plan Renove por parte de LOGISTA, cuya publicidad ha sido remitida por BITRONIC, habrá sido publicitado de forma generalizada por parte de LOGISTA en la entrega de los pedidos a las expendedorías y/o en las delegaciones de la compañía (folios 89-90).

4.5. Hechos relativos a las relaciones entre LOGISTA y BITRONIC

De acuerdo con la información facilitada por BITRONIC, las relaciones con LOGISTA se remontan a 1996-1998, cuando se producen las primeras reuniones para el desarrollo del Portal. En 2001, BITRONIC obtiene la primera homologación de LOGISTA y en 2003, la segunda (folios 5-11).

El 12 de mayo de 2008, ambas empresas firmaron un acuerdo por el que BITRONIC prestaba a LOGISTA el servicio informático para la recarga de móviles a través de los TPV de BITRONIC instalados en los estancos.

El 15 de octubre de 2012, las dos empresas firmaron un contrato de prestación de servicios informáticos que amplía el objeto del anterior (folios 135-168) y el 24 de abril de 2015 se produjo una modificación y prórroga de dicho contrato (folios 169-171).

Las características principales del contrato actualmente vigente son las siguientes:

- [CONFIDENCIAL]
- [CONFIDENCIAL]
- [CONFIDENCIAL]
- [CONFIDENCIAL]
- [CONFIDENCIAL]
- [CONFIDENCIAL]

BITRONIC señala que LOGISTA solo ha activado los servicios de recargas telefónicas, dinero electrónico e información-ventas/existencias (folios 7-8).

LOGISTA ha indicado que en el ejercicio marzo 2015/marzo 2016 [CONFIDENCIAL]

[CONFIDENCIAL]

En el marco del contrato anterior, con fecha 27 de mayo de 2015, BITRONIC solicita, mediante carta, a LOGISTA que le facilite la documentación técnica necesaria [CONFIDENCIAL] (folio 56).

Ante la falta de respuesta, con fecha 17 de julio de 2015, BITRONIC reitera la solicitud anterior a LOGISTA. [CONFIDENCIAL] (folios 57-58).

Con fecha 29 de julio de 2015, LOGISTA responde, mediante carta, a BITRONIC [CONFIDENCIAL] (folios 59-60).

Con fecha 5 de agosto de 2015, BITRONIC responde a LOGISTA [CONFIDENCIAL] (folios 61-62).

Con fecha 2 de noviembre de 2015, BITRONIC solicita a LOGISTA que, para poder cumplir con el contrato y prestar el servicio de recarga de tarjetas de transporte, le suministre la información [CONFIDENCIAL] (folios 63-64).

Con fecha 23 de noviembre de 2015, LOGISTA comunica por correo electrónico a BITRONIC [CONFIDENCIAL] (folio 131).

Con fecha 18 de diciembre de 2015, BITRONIC acusa a LOGISTA de incumplimiento del contrato de 15 de octubre de 2012 [CONFIDENCIAL] (folios 132-133).

De acuerdo con información facilitada por LOGISTA, BITRONIC le ha comunicado la extinción del contrato, a partir del día 16 de octubre de 2016 (folio 189).

4.6. Hechos relativos a las relaciones de BITRONIC con el CMT

Con fecha 26 de mayo de 2015, BITRONIC se dirige, mediante carta, al CMT solicitando la obtención/acceso regular, en igualdad competitiva, a los datos específicos de los nuevos titulares de estancos para darles a conocer un programa de gestión alternativo al que ofrece su principal distribuidor de tabaco, LOGISTA, gracias a la información que se le comunica para la ejecución de su actividad central (folio 68).

Con fecha 2 de junio de 2015, CMT responde, mediante correo electrónico, que no cabe la posibilidad de la remisión de la información solicitada por BITRONIC pues el CMT sólo actúa como interlocutor con los agentes del mercado de tabaco, ya sean expendedores, mayoristas o autorizados de puntos de venta con recargo. El CMT indica, asimismo, que dicha información deben recabarla por otros medios (folio 69).

Con fecha 8 de junio de 2015, BITRONIC solicita al CMT que le indique qué vías pueden utilizar para obtener la información solicitada. Por otra parte, BITRONIC pide al CMT que le remita directamente, antes de su publicación en el BOE, la información sobre los cambios de precios de las labores de tabaco, incluyéndoles dentro de los agentes del sector que son notificados oportunamente (folio 70).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia para resolver

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, compete a la CNMC *“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”*.

Asimismo el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC aprobado, por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, establece que *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 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 propuesta del órgano instructor

Corresponde a esta Sala en el presente expediente determinar si concurren los requisitos para la aplicación del artículo 49.3 de la LDC, esto es, la ausencia de indicios de infracción, para, tal como propone la DC, resolver archivar las actuaciones realizadas hasta el momento sobre los hechos denunciados.

Resulta por tanto necesario proceder a valorar si existen indicios de infracción a la luz de los artículos 2 y 3 de la LDC, en la conducta de LOGISTA denunciada por BITRONIC tal y como propone la DC o si, por el contrario, en dichas actuaciones pudieran apreciarse indicios de infracción de la LDC que motiven la incoación del expediente sancionador.

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

Por otro lado, el artículo 27.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, estipula que: *“1. Con el fin de que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia [actual CNMC] pueda acordar no incoar procedimiento y archivar las actuaciones en los términos establecidos en los artículos 44 y 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la Dirección de Investigación [actual Dirección de Competencia] le dará traslado de la denuncia recibida, de las actuaciones previas practicadas, en su caso, y de una propuesta de archivo”*.

Según expone la DC, a juicio de BITRONIC las actuaciones de LOGISTA expuestas en los hechos denunciados supondrían una vulneración de los artículos 2 y 3 de la LDC. En primer lugar, en lo que se refiere al abuso, LOGISTA aprovecharía su posición dominante en el mercado de distribución mayorista de tabaco para obstaculizar la competencia efectiva en el mercado conexo de prestación de servicios informáticos para la gestión de estancos. En particular mediante el lanzamiento en 2015 de su

programa STRATOR LOGISTA estaría realizando una venta vinculada de un producto distinto al de su actividad principal.

En lo que concierne al falseamiento de la libre competencia por actos desleales, LOGISTA incurría según BITRONIC en una infracción del artículo 3 de la LDC a través del ejercicio de prácticas agresivas en la venta de su programa, la obstaculización del acceso a servicios básicos del Portal Estanco y la violación de normas por financiar de manera ilícita a los estancieros que adquieren STRATOR.

Por el contrario, según la DC, no existen indicios de vulneración del artículo 2 de la LDC suficientes para la incoación de expediente sancionador, dado que para el órgano de instrucción no existen indicios de vinculación como conducta abusiva de la normativa de competencia y el supuesto tratamiento privilegiado de LOGISTA a STRATOR no resulta lo suficientemente significativo como para otorgarle una ventaja competitiva que excluya de forma significativa a terceros competidores del mercado de soluciones informáticas para estancos en España, que siguen pudiendo ofrecer unas prestaciones muy similares a las de STRATOR.

Por lo que respecta a la posible infracción del artículo 3 de la LDC la DC, tras examinar los hechos, considera que las conductas de LOGISTA denunciadas por BITRONIC no tienen aptitud, por sí mismas, para distorsionar de forma significativa la dinámica competitiva del mercado afectado, por lo que estas conductas no serían susceptibles de afectar al interés público de la libre competencia y, por lo tanto, no serían perseguibles por la CNMC aplicando el artículo 3 de la LDC.

TERCERO.- Valoración de la Sala de Competencia

1. Abuso de posición de dominio.

El artículo 2 de la LDC establece que:

“1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

- a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.*
- b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.*
- c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.*
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de tales contratos. [...]"

Así pues, para poder apreciar una infracción del artículo 2 de la LDC, en este caso la realización por parte del denunciado de una venta vinculada de un producto distinto al de su actividad principal, es necesario analizar si el operador dispone de una posición de dominio en el mercado relevante y, en su caso, si éste operador ha incurrido en una explotación abusiva de esa posición de dominio.

Si bien la DC señala que la posición de LOGISTA en el mercado de prestación de servicios informáticos para la gestión de estancos (en torno a una cuota del 15,6%), no alcanzaría para considerarla en una posición de dominio en dicho mercado, considera igualmente que su posición en el mercado de distribución mayorista de tabaco en España sí podría reputarse previsiblemente como dominante, al alcanzar una cuota cercana al 90%. Ello no implica sin embargo, señala la DC, que LOGISTA esté abusando de la misma, que es lo que la LDC prohíbe en su artículo 2.

En el presente caso, teniendo en cuenta la ya mencionada cuota de LOGISTA en el mercado de distribución mayorista de tabaco en España, esta Sala, al igual que la DC, considera que con la información obrante en el expediente no se derivan indicios de vinculación en el sentido de obligar, mediante vinculación de carácter técnico o contractual, a los clientes que compran un producto (el producto vinculante, en este caso el tabaco) a comprar también otro producto de la empresa dominante (el producto vinculado, en este caso el STRATOR), en línea con lo establecido en la *Comunicación de la Comisión de Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del TCE [actualmente artículo 102 TFUE] a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (2009/C 45/2)*.

Esta Sala, al igual que la DC, descarta la existencia de indicios de vulneración del artículo 2 de la LDC en la conducta de LOGISTA tras analizar distintos aspectos de la conducta desarrollada por LOGISTA tras el lanzamiento en 2015 de su programa STRATOR, considerando que ni el acceso a determinada información en su calidad de empresa distribuidora de tabacos ni la mayor compatibilidad de STRATOR con el Portal frente a otro software competidor, que deriva en la incorporación automática a STRATOR de determinados datos y pedidos, suponen indicios de abuso de posición de dominio por parte de LOGISTA. Si bien, como indica la DC, a LOGISTA le resulta fácil conocer los cambios de titularidad que se produzcan en las expendedorías, esta información está también disponible en la página web del CMT y es por tanto accesible para las empresas propietarias de otros programas competidores de STRATOR. Por otro lado, tanto el BOE como el CMT publican semanalmente las variaciones de precios siendo ésta información pública fácilmente obtenible por cualquier usuario que no restringe la capacidad de competir en el mercado. Finalmente, si bien STRATOR permite la incorporación automática de los pedidos realizados por canales ajenos, otros programas como BITRONIC pueden tener acceso a esa información mediante su descarga a través del Portal. El hecho de que BITRONIC tenga una cuota cercana al [70-80] % en el mercado de programas de gestión de estancos indicaría que existirían, como indica la DC, otros factores relevantes, aparte de los señalados, que influye en la

adquisición de un programa u otro de gestión de estancos (Gestanco, Inforestanco, Nuestro Estanco o El Corte Inglés).

En lo que respecta a los pedidos de artículos de conveniencia distintos del tabaco, la Sala tampoco ha encontrado indicios, en línea con la DC, de que LOGISTA disponga de una posición de dominio en la distribución de los mismos por lo que los estancos y BITRONIC siempre tendrían la opción de llegar a acuerdos con otros distribuidores mayoristas para adquirir estos productos e introducir automatismos en la gestión de los inventarios.

Finalmente, la vinculación del STRATOR con el suministro de información a LOGISTA de los datos de ventas e inventarios, ya sea la asumida al contratar el STRATOR como las asumidas voluntariamente por los estancos que tienen programas de terceros, sería una cuestión diferente, aunque no menor, que podría, en su caso, tener efectos distorsionadores de la competencia en el mercado de distribución mayorista de tabacos si llegaran a ser excluyentes o dieran a LOGISTA acceso relevante a información comercial sensible de competidores (folio 124).

Sin embargo, esta distorsión potencial de la competencia, como indica la DC, se ve actualmente paliada por la, en principio limitada, penetración de este tipo de contratos en el conjunto de estancos existente en España y el nivel de transparencia que actualmente existe en el mercado por el esquema de regulación y supervisión existente. Todo ello sin perjuicio de que en el futuro se puedan investigar tales hechos si los mismos se extendieran a una proporción mayoritaria de estancos existentes en España.

2. Competencia desleal

El artículo 3 de la LDC establece que, *“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la competencia afecten al interés público”*.

Así pues, la aplicación de este artículo requiere que la conducta denunciada constituya un acto de competencia desleal, conforme a lo establecido en la Ley de Competencia Desleal, y que afecte al interés público de la libre competencia.

Sin embargo, en el presente caso, como indica la DC, la autoridad mejor posicionada para investigar estas hipotéticas vulneraciones de la normativa sectorial (Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria) que obliga a que los distribuidores mayoristas de tabaco traten de forma homogénea a los expendedores de tabaco y les ofrezcan, en consecuencia, las mismas condiciones de financiación, sería el propio Comisionado para el Mercado de Tabacos.

Adicionalmente sería necesario examinar si las conductas de LOGISTA denunciadas por BITRONIC tienen aptitud, por sí mismas, para distorsionar de forma significativa la dinámica competitiva del mercado afectado, y ser susceptibles de afectar al interés público de la libre competencia y, por lo tanto, perseguibles por la CNMC aplicando el artículo 3 de la LDC. Tras el análisis de los hechos, la DC ha considerado que, si bien

los hechos denunciados han podido tener cierto impacto sobre BITRONIC, éste ha sido limitado, por lo que la competencia en el mercado de los programas informáticos para la gestión de estancos no puede considerarse deteriorada de forma significativa, sino que la entrada de LOGISTA en el mercado ha podido servir para dinamizar la misma, especialmente teniendo en cuenta que un 35,8% de las expendedurías no tienen instalado ningún programa de gestión, por lo que sigue existiendo margen para el crecimiento de diversos operadores en este mercado.

A la vista de lo anterior, en ausencia de otros elementos acreditativos adicionales y sin perjuicio de la posible incoación de procedimiento sancionador en caso de aparición de nuevos indicios de conductas prohibidas relacionadas con el caso, esta Sala de Competencia estima adecuada la propuesta de la DC y considera que deben archivar las actuaciones seguidas en relación con las conductas investigadas.

En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia,

HA RESUELTO

ÚNICO.- No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas por la Dirección de Competencia de la CNMC en el expediente S/DC/0576/16, LOGISTA, como consecuencia de las denuncias presentadas por LK BITRONIC, S.L. por considerar que no existen indicios de infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

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