

RESOLUCIÓN

Expte. S/DC/0607/17 TABACOS

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 10 de abril de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente S/DC/0607/17 TABACOS, incoado por la Dirección de Competencia contra varias empresas que operan en el mercado de la fabricación, distribución y comercialización de cigarrillos, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES.....	5
II. LAS PARTES	9
III. ANÁLISIS DEL MERCADO AFECTADO.....	12
1. Marco normativo de las labores del tabaco.....	12
2. Análisis del mercado afectado	14
2.1. Mercado de producto	14
2.2. El mercado geográfico.....	19
IV. HECHOS ACREDITADOS	20
1. EN RELACIÓN CON EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN SOBRE VENTAS DE CIGARRILLOS.....	20
1.1. Obligaciones de información de los distribuidores al CMT y contenido de la información que el CMT publica periódicamente	20
1.2. El servicio de información sobre ventas que ofrece LOGISTA a los fabricantes de tabaco	22
a. El contenido de la información sell-in gratuita.....	24
b. Sobre el conocimiento del sistema de información por parte de los fabricantes ...	27
c. El uso de la información sobre ventas por parte de los fabricantes.....	29
d. BAT solicitó a LOGISTA en 2012 recibir únicamente los datos propios y que dejara de remitir sus datos a sus competidores.....	31
e. Los operadores del mercado han puesto en duda la licitud del servicio de información sobre datos de venta que ofrece LOGISTA.....	35
2. EN RELACIÓN CON EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN SOBRE PRECIOS	38
2.1. El régimen legal de comunicación y publicación de precios del tabaco de venta al público	38
2.2. Intercambios de información de estrategias comerciales sobre los precios entre los fabricantes de cigarrillos y a través de terceros.....	40
V. FUNDAMENTOS DE DERECHO	48
PRIMERO. COMPETENCIA PARA RESOLVER.....	48
SEGUNDO. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE	48
TERCERO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR ...	49
CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA	50
4.1. En relación con el sistema de acceso a la información sobre ventas de terceros (datos Sell-in).....	50

A) Valoración de los hechos.....	50
B) Antijuridicidad de la conducta.....	54
a. Características de la información intercambiada.....	56
b. Los efectos derivados del intercambio de información sobre ventas en el mercado de fabricación de tabacos.....	60
1. <i>Análisis de la estructura y características del mercado</i>	60
2. <i>Efectos en el mercado</i>	64
2.1. <i>Estabilidad de las cuotas de mercado</i>	65
2.2. <i>Efectos sobre los precios</i>	72
2.3. <i>Efectos sobre otras variables competitivas</i>	81
C) Conclusión	83
4.2. En relación con el intercambio de información sobre precios. No acreditación de la infracción	84
4.3. Duración de la conducta. El carácter único y continuado de la infracción	87
4.4. Análisis de la culpabilidad	89
4.5. Autoría y responsabilidad de las empresas	91
QUINTO. RESPUESTA A LAS ALEGACIONES E INFORMES ECONÓMICOS PRESENTADOS A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN Y OTRAS CUESTIONES PLANTEADAS EN LA FASE DE RESOLUCIÓN.....	93
5.1. Sobre la adopción de un segundo pliego en la fase de instrucción del procedimiento.....	93
5.2. Sobre la reducción de la transparencia en el mercado como consecuencia del intercambio de información entre las empresas	98
5.3. Sobre la utilidad para las empresas de la información sobre ventas <i>sell-in</i> ..	100
5.4. Sobre la ausencia del análisis contrafactual	103
5.5. Sobre el paralelismo de los precios en el mercado	105
5.6. Sobre la elasticidad.....	107
5.7. Sobre el lanzamiento de nuevos productos y reposicionamiento	108
5.8. Sobre la evolución de las cuotas de mercado.....	109
5.9. Sobre la estabilidad de los ingresos	114
5.10. Sobre las promociones.....	115
5.11. Sobre las características del mercado	116
5.12. Alegaciones en relación con la propuesta de sanción.....	117
a. Sobre las cifras del volumen de negocio utilizadas por la Dirección de Competencia	117

b. Sobre el cálculo de la sanción	118
c. Sobre la motivación de la propuesta de multa y las indicaciones provisionales de la CNMC.....	119
5.13. Sobre la solicitud de práctica de pruebas.....	120
5.14. Sobre la solicitud de vista	121
5.15. Confidencialidad	121
SEXTO. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN.....	123
6.1 Criterios para la determinación de la sanción a imponer a PMS, ALTADIS y JTI: valoración general de la conducta	123
6.2 Criterios para la valoración individual de la conducta	125
6.3 Determinación de la sanción a LOGISTA.....	128
RESUELVE	129

I. ANTECEDENTES

1. Mediante noticias de prensa¹ se tuvo conocimiento de ciertas alteraciones del precio de los cigarrillos por parte de los principales fabricantes en enero y febrero de 2015. A raíz de la misma, la Dirección de Competencia acordó, con fecha 16 de diciembre de 2015, la apertura de unas diligencias previas, con número de referencia DP/058/15, para determinar si dicha información y los movimientos de precios observados eran coherentes con un comportamiento competitivo del mercado.
2. En octubre de 2016, [una autoridad de competencia] puso en conocimiento de la Dirección de Competencia que, en 2014 y 2016, había realizado inspecciones en varias empresas que operaban en el mercado de tabaco [...]. Informó asimismo de que parte de la documentación recabada hacía referencia al mercado de tabaco español y facilitó las declaraciones efectuadas por un ex empleado de PHILIP MORRIS sobre la existencia histórica de un cártel mundial, operado por las cuatro multinacionales del tabaco, en forma de acuerdos de precios mediante intercambios de información a través de distribuidores (declaraciones publicadas por “SmokinGate” en 2011 en el documento “The Marlboro Cartel”²) (folios 878 a 901).
3. Con fecha 28 de febrero y 1 y 2 de marzo de 2017, la Dirección de Competencia llevó a cabo inspecciones simultaneas en las sedes de las empresas PHILIP MORRIS SPAIN S.L. (PMS), ALTADIS S.A. (ALTADIS), BRITISH AMERICAN TOBACCO ESPAÑA S.A. (BAT) y COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA S.A. (LOGISTA).
4. Con fecha 4 de abril de 2017, la Dirección de Competencia dictó el acuerdo de inicio del procedimiento de investigación bajo la referencia S/0607/17 (folios 850 a 959).

¹ https://cincodias.elpais.com/cincodias/2015/01/23/empresas/1422006179_661821.html

http://cincodias.com/cincodias/2014/07/02/empresas/1404282429_236926.html

<https://www.diariocritico.com/noticia/410103/economia/mas-subidas-en-el-tabaco:-las-cajetillas-de-marlboro-chesterfield-y-l&m-costaran-25-centimos-mas-desde-este-jueves.html>

² <http://tobacco.cleartheair.org.hk/wp-content/uploads/2012/01/Smokingate2.pdf>

5. Con fecha 14 de marzo de 2017, tuvieron entrada en el registro de la CNMC sendos recursos interpuestos por ALTADIS, IMPERIAL TOBACCO ESPAÑA, S.L., TABACALERA, S.L. y ALTADIS CANARIAS S.A. (referencia R/AJ/021/17³), y por PHILIP MORRIS SPAIN S.L. (referencia R/AJ/056/17⁴), ante el Consejo de la CNMC, contra la Orden de Investigación dictada por el Director de Competencia con fecha 15 de febrero de 2017, y contra las actuaciones desarrolladas durante la inspección celebrada en sus sedes los días 28 de febrero y 1 y 2 de marzo de 2017 (folio 831). Los recursos fueron desestimados por Resolución del Consejo de fecha 18 de mayo de 2017 y 26 de octubre del mismo año.

Contra estas Resoluciones fueron interpuestos recursos contencioso-administrativos ante la Audiencia Nacional (PO 506/2017 y 770/2017), aún pendientes de sentencia.

6. Con fechas 19 de mayo y 14 de junio de 2017, la Dirección de Competencia realizó dos requerimientos de información al Comisionado para el Mercado de Tabacos (CMT), al objeto de tener un mayor conocimiento sobre el proceso de publicación de los precios de los cigarrillos y el carácter confidencial de la información comunicada por las empresas al CMT.

Ambos requerimientos fueron contestados los días 29 de mayo de 2017 (folios 964 a 968) y 23 de junio de 2017 (folios 1548 a 1571).

7. Con fecha 16 de junio de 2017, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la LDC, se acordó la **incoación de expediente sancionador** contra PHILIP MORRIS SPAIN S.L., ALTADIS S.A., JT INTERNATIONAL IBERIA S.L.U., BRITISH AMERICAN TOBACCO ESPAÑA, S.A. y COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A., por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE, consistentes en posibles prácticas concertadas y/o acuerdos de precios y otras condiciones comerciales entre operadores, directamente o a través de terceros, e intercambios de información en el mercado de la fabricación, distribución y comercialización de cigarrillos (folios 1420 a 1446).
8. Con fecha 13 de septiembre de 2017, se acordó denegar parcialmente la confidencialidad solicitada por las empresas para la documentación recabada durante la inspección, que había sido incorporada al expediente (folios 2341

³ https://www.cnmc.es/sites/default/files/1643322_14.pdf

⁴ https://www.cnmc.es/sites/default/files/1831912_11.pdf

a 2373). Contra este acuerdo, ALTADIS interpuso recurso ante el Consejo de la CNMC, con fecha 27 de septiembre de 2017 (folio 4428).

Con fecha 2 de octubre de 2017, a la vista de la información recibida y de conformidad con el artículo 37.1.d) de la LDC, la Dirección de Competencia acordó suspender el cómputo del plazo máximo de resolución del procedimiento, desde el 2 de octubre de 2017 (folio 4459 a 4469).

El recurso fue desestimado por Resolución del Consejo de fecha 21 de diciembre de 2017 (referencia R/AJ/060/17⁵). El cómputo del plazo fue reanudado con fecha 22 de diciembre de 2017.

9. Con fecha 7 de junio de 2018, la Dirección de Competencia **adoptó el Pliego de Concreción de Hechos**, que fue debidamente notificado a las partes para que presentaran las alegaciones que considerasen oportunas (folios 9555 a 9988.2).
10. Con fecha 28 de septiembre de 2018, de conformidad con el artículo 29 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, se acordó la **ampliación de la incoación** a JT INTERNATIONAL, S.A. (folios 12624 y 12625).
11. La Dirección de Competencia realizó dos intentos de notificación de la incoación a JT INTERNATIONAL los días 4 y 15 de octubre de 2018, por mensajería y por correo administrativo. Sin embargo, ambos intentos de notificación fueron rechazados por la empresa alegando infracción de los procedimientos legales y diplomáticos que cualquier autoridad extranjera debe seguir para llevar legalmente una acción de este tipo contra una empresa registrada en Suiza.

Con fecha 12 de noviembre de 2018, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.j. del Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 1963, se solicitaron los buenos oficios de la Oficina Federal Judicial de Suiza con el fin de que se hiciera llegar, mediante acuse de recibo, la notificación de la incoación a JT International, S.A., a través de la Subdirección General Asuntos Jurídicos Consulares (Dirección General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación). **A fecha de la presente resolución JTI SUIZA no ha dado acuse de recibo de dicha notificación.**

⁵ https://www.cnmc.es/sites/default/files/1882654_6.pdf

12. Con fecha 11 de octubre de 2018, se notificó la denegación del inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional presentada por LOGISTA (folios 12710 a 12722.10), JTI (folios 12723 a 12726.10), PMS (folios 12727 a 12730.10) y ALTADIS (folios 12731 a 12734.10). La Dirección de Competencia consideró que los compromisos presentados por las empresas no podían resolver los posibles efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto de investigación.
13. Con fecha 20 de noviembre de 2018, la Dirección de Competencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la LDC, **formuló un nuevo Pliego de Concreción de Hechos**, que fue debidamente notificado a las partes otorgándoles un plazo de 15 días para presentar las alegaciones y proponer las pruebas que considerasen oportunas (folios 12899 a 13107.3).
14. Presentaron alegaciones las empresas BAT (folios 13163 a 13287); ALTADIS (folios 13288 a 14465); LOGISTA (folios 14471 a 14554), JTI (folios 15041 a 15380) y PMS (folios 15384 a 15854), solicitando nuevamente la terminación convencional del expediente.
15. Con fecha 19 de diciembre de 2018, se notificó la denegación del inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional presentada por PMS en su escrito de alegaciones. La Dirección de Competencia consideró que los compromisos presentados por la citada empresa no resolvían los posibles efectos sobre la competencia derivados de la conducta objeto de investigación (folios 16019 a 16024.7).
16. Con fecha 20 de diciembre de 2018, el instructor acordó el cierre de la fase de instrucción del procedimiento (folio 16195).
17. Con fecha 28 de diciembre de 2019, la Dirección de Competencia adoptó la **propuesta de resolución** (folios 16201 a 16416), que fue elevada, junto con las alegaciones de las empresas (folio 18197), a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC con fecha 25 de enero de 2019.
18. Con fecha 8 de febrero de 2019, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por 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 TFUE. Asimismo, se acordó suspender el plazo para resolver el procedimiento sancionador hasta que se diera respuesta por la Comisión Europea a la información remitida o transcurriera el

término del plazo a que hace referencia el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003 (folio 19294).

El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo de fecha 11 de marzo de 2019 (folio 19352).

19. Con fecha 14 de marzo de 2019, la Sala de Competencia de la CNMC acordó requerir a las empresas el volumen de negocios correspondiente al año 2018. El plazo máximo para resolver el procedimiento quedó suspendido en aplicación del artículo 37.1 a) de la LDC (folios 19370 a 19372).

El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo de fecha 29 de marzo de 2019 (folios 19519).

20. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC aprobó esta resolución en su reunión de 10 de abril de 2019.

II. LAS PARTES

Son partes interesadas en el procedimiento las empresas incoadas que se relacionan a continuación:

1. ALTADIS, S.A. (ALTADIS)

ALTADIS, con sede en Madrid, se constituyó el 5 de marzo de 1945 y procede de TABACALERA, antiguo monopolio del tabaco en España, que fue privatizada en 1998.

En 2008 fue adquirida por la multinacional IMPERIAL TOBACCO. Su objeto social es la producción, importación y distribución de labores del tabaco y otros servicios relacionados o anexos. Es una de las compañías líderes en cigarrillos, siendo sus principales marcas de cigarrillos Fortuna, Ducados y Nobel.

Es la filial española al 100% de IMPERIAL TOBACCO ESPAÑA S.L., cuyo accionista mayoritario es a su vez IMPERIAL TOBACCO OVERSEAS HOLDINGS LIMITED (Reino Unido).

2. BRITISH AMERICAN TOBACCO ESPAÑA, S.A. (BAT)

BRITISH AMERICAN TOBACCO ESPAÑA, S.A. (BAT), con sede en Madrid, se constituyó el 6 de marzo de 1990. Su objeto social es la fabricación, elaboración, compraventa, importación y exportación de toda clase de tabacos, licencias,

marcas, patentes etc., siendo sus principales marcas de cigarrillos Lucky Strike, Rothmans y Pall Mall.

El 100% de sus acciones pertenecen a la empresa holandesa BRITISH AMERICAN TOBACCO INTERNACIONAL HOLDINGS BV.

3. COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A. (LOGISTA)

LOGISTA, con sede en Leganés (Madrid), fue constituida el 1 de julio de 1964. Su actividad se centra en la distribución de productos derivados del tabaco, productos de conveniencia, de recarga electrónica de telefonía, títulos de transporte con distribución física y electrónica, así como productos de lotería.

LOGISTA es filial de la COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA HOLDINGS S.A. (España), cuyo accionista principal con un 60% de su capital social es, a su vez, ALTADIS, cuyo accionista último es IMPERIAL TOBACCO OVERSEAS HOLDINGS LIMITED (Reino Unido).

Tiene su origen en la división de distribución de TABACALERA, antiguo monopolio del tabaco en España, de la que se segregó en 1998. En la actualidad su cartera de negocios es muy amplia: i) Tabaco (Logista) y productos de conveniencia (Logista-dis); ii) Transporte: Nacex (transporte urgente), Logesta (largo recorrido), Integra-2 (transporte frío) y iii) Otros negocios: Logista Pharma, Logista Libros, Logista Publicaciones.

En 2008, IMPERIAL TOBACCO adquirió ALTADIS⁶ y lanzó una OPA sobre las acciones de LOGISTA en Bolsa (40%), adquiriendo así el control del 100% de su capital. En 2014, IMPERIAL TOBACCO lanzó una oferta de venta de acciones a inversores cualificados por el 30% del capital de LOGISTA, quedándose con el 70% del capital. En 2017, vendió el 10% del capital de LOGISTA entre inversores institucionales, manteniendo el 60% de su participación en LOGISTA.

El Pacto de Accionistas actualmente en vigor en LOGISTA, de fecha 12 de junio de 2014, que rige las relaciones entre IMPERIAL TOBACCO y LOGISTA recoge una serie de principios orientados, según LOGISTA, a “*prevenir conflictos de interés entre las partes y observar una correcta gestión de los negocios*”. En este sentido, se contemplan las siguientes estipulaciones⁷: “(i) Compromiso por parte de ITG de

⁶ Caso COMP/M.4581-IMPERIAL TOBACCO/ALTADIS.

⁷ Acuerdo Marco de 12 de junio de 2014 que rige relaciones entre Imperial Tobacco Goup PLC (actualmente Imperial Brands PLC) y Logista aportado por LOGISTA en contestación a

mantener y respetar, entre otras, la independencia de gestión y decisión de Logista y la neutralidad de Logista en sus relaciones comerciales y de servicios con terceros (Cláusula 2.1.); (ii) Confirmación de los principios de neutralidad y no discriminación al prever autonomía de gestión e independencia para negociar de Logista con terceros, así como la realización de operaciones con terceros en condiciones de mercado y atendiendo, primordialmente, al interés de Logista (Cláusula 2.2.); (iii) Protección de la información confidencial y separación de sistemas de información, previendo que Logista no facilite a ITG ninguna información confidencial relacionada con clientes de distribución de tabaco o de productos relacionados con el tabaco (Cláusula 2.3.), (iv) Realización de operaciones vinculadas en condiciones de mercado (Cláusula 4); (v) Definición de un Consejo de Administración de 10 miembros de los cuales únicamente cuatro son consejeros dominicales (que representan a Imperial Brands) mientras que otros cuatro son consejeros independientes y dos son consejeros ejecutivos (Cláusula 6)".

4. JT INTERNATIONAL IBERIA, S.L.U. (JTI) y JT INTERNATIONAL, S.A. (JTI SUIZA)

JT INTERNATIONAL IBERIA, S.L.U. (JTI), con sede en Madrid, se constituyó el 27 de noviembre de 1996. Su objeto social se enmarca en la industria del tabaco, siendo sus principales marcas de cigarrillos Winston y Camel. En el archipiélago canario, la compañía posee una fábrica de tabaco ubicada en Santa Cruz de Tenerife.

Es la filial española de JAPAN TOBACCO INTERNATIONAL HOLDINGS BV (Países Bajos) a la que pertenece el 100% de sus acciones, cuya matriz a su vez es Japan Tobacco Inc.⁸.

Por su parte, JT INTERNATIONAL, S.A. (JTI SUIZA), con sede en Ginebra (Suiza), se constituyó en 1999 al adquirir JTGroup las actividades de R.J. Reynolds que se desarrollaban fuera de Estados Unidos⁹. JTI SUIZA es filial al 100% de su capital social de Japan Tobacco Inc.¹⁰

requerimiento de Información Realizado por la Dirección de Competencia. Si bien el Pacto de Accionistas prevé que el número de Consejeros dominicales pueda superar en dos al número de Consejeros independientes (folios 7037, 7038 y 7082-7083).

⁸ Información disponible en la página Web: <https://www.jt.com/about/outline/> (folios 12746 a 12753).

⁹ Información disponible en la página Web: <https://www.jti.com/about-us> (folios 12746 a 12753).

¹⁰ Información disponible en la página Web: <https://www.jt.com/about/outline/> (folios 12746 a 12753).

Con efectos desde el 1 de enero de 2001, JTI SUIZA asumió los derechos y obligaciones en relación con el acuerdo de distribución que la filial española de R.J. Reynolds (es decir, R.J. Reynolds España, S.L.) había suscrito con LOGISTA, el cual se firmó el 22 de diciembre de 1998 (el Acuerdo de Distribución de 1998)¹¹.

5. PHILIP MORRIS SPAIN, S.L. (PMS)¹²

PHILIP MORRIS SPAIN, S.L. (PMS), con sede en Madrid, se constituyó el 9 de febrero de 1987. Su objeto social es el comercio al por mayor de productos del tabaco siendo la empresa líder en el mercado español en cigarrillos. Sus principales marcas son Marlboro, Chesterfield y L&M.

El 100% de sus acciones pertenecen a la empresa suiza PHILIP MORRIS S.A., perteneciente a su vez a la multinacional PHILIP MORRIS INTERNATIONAL.

III. ANÁLISIS DEL MERCADO AFECTADO

1. Marco normativo de las labores del tabaco

La normativa sectorial aplicable en el ámbito nacional se concreta principalmente en la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria (LOMT) y en el Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria, y se regula el estatuto concesional de la red de expendedurías de tabaco y timbre (Reglamento LOMT). Asimismo, en el Real Decreto 2668/1998, de 11 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Organismo autónomo Comisionado para el Mercado de Tabacos (CMT) y en diversas Resoluciones y Circulares dictadas por éste en el ejercicio de sus funciones.

El CMT es un Organismo autónomo de la Administración General del Estado adscrito al Ministerio de Hacienda a través de la Subsecretaría, que ejerce competencias "*de carácter regulador y de vigilancia para salvaguardar los criterios de neutralidad y las condiciones de libre competencia efectiva en el mercado de tabacos en todo el territorio nacional*" (artículo 5.3 de la LOMT).

¹¹ Información aportada por JTI en contestación a requerimiento de información realizado por esta DC (folio 7245).

¹² En algunas citas o referencias, la entidad es referido como PMI, en atención a la denominación de su matriz, si bien la acción o conducta parece imputable a la filial, PHILIP MORRIS SPAIN, S.L.

La normativa que regula la fiscalidad sobre los cigarrillos es la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, que se ha ido modificando posteriormente, a medida que se ha ido revisando la fiscalidad, entre otros motivos para su adaptación a la normativa de la UE¹³.

El impuesto especial sobre las labores del tabaco pretende disuadir de su consumo y constituye un instrumento de recaudación sobre un bien cuya demanda es bastante inelástica al precio. Incluye un tipo específico (cantidad fija por unidad de producto: cigarrillos, cigarros o kilos de picadura), un tipo *ad valorem* (porcentaje sobre el PVP) y un tipo mínimo (cantidad fija que se aplica cuando la combinación de los tipos anteriores no alcanza una cuantía mínima). Además, este mínimo se incrementa cuando el precio está por debajo de un precio mínimo predeterminado (doble mínimo). Al precio hay que añadirle el IVA, el recargo de equivalencia y la comisión para minoristas fijada por ley¹⁴, lo que determina una incidencia fiscal de casi el 80% del precio de venta al público.

En Canarias, no se aplica el IVA ni algunos Impuestos Especiales, entre ellos el Impuesto Especial sobre las Labores del Tabaco, pero sí tiene establecido, entre otros, un impuesto propio que grava este producto, el Impuesto sobre las Labores del Tabaco. Asimismo, en el ámbito de la imposición indirecta se aplica el IGIC (Impuesto General Indirecto Canario) y el Arbitrio sobre Importaciones y Entregas de Mercancías en Canarias¹⁵.

Finalmente, cabe citar la Directiva 2014/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco y los productos relacionados y por la que se deroga la Directiva 2001/37/CE. Esta norma introduce cambios importantes en relación con la calidad de los productos del tabaco que se

¹³ Directiva 95/59/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 1995 (modificada por las Directivas 1999/81/CE y 2002/10/CE) y Directiva 2011/64/UE del Consejo, de 21 de junio de 2011.

¹⁴ El IVA se aplica como en el resto de bienes y servicios generales (21% sobre el precio antes del propio impuesto). El Recargo de equivalencia es un régimen especial del IVA destinado a evitar al minorista (el estancero) cualquier gestión relacionada con el impuesto. El artículo 4. Siete de la LOMT establece que la comisión para minoristas en el caso español asciende al 8,5% del PVP para los cigarrillos y picaduras y al 9% para los cigarros y cigarrillos. La comisión por la venta en máquinas expendedoras es de 15 céntimos por cajetilla para los cigarrillos y un 15% sobre el PVP para el resto de labores.

¹⁵<http://www.minhfp.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Financiacion%20Autonomica/Paginas/Canarias.aspx>

venden en la Unión Europea. La Directiva también aborda el comercio ilegal de productos del tabaco.

Esta Directiva ha sido transpuesta por el Real Decreto 579/2017, de 9 de junio, por el que se regulan determinados aspectos relativos a la fabricación, presentación y comercialización de los productos del tabaco y los productos relacionados.

2. Análisis del mercado afectado

2.1. Mercado de producto

La Dirección de Competencia considera que las conductas analizadas en este expediente se han llevado a cabo y han tenido incidencia en los mercados de tabaco nacionales y, en particular, en el de la fabricación de cigarrillos si bien también aprecia efectos en el mercado mayorista de distribución.

La Comisión Europea, en su Decisión de 17 de junio de 1998 (98/358/CE), en el marco de un procedimiento sobre el análisis de un abuso de posición de dominio en el mercado de tabacos italiano, consideró tres segmentos de mercado diferenciados: la fabricación, que considera es un mercado de producto; la distribución al por mayor; y la comercialización al por menor. Estos dos últimos segmentos los considera actividades de prestación de servicios.

En concreto, la Comisión realizó el siguiente análisis de mercados afectados:

“En primer lugar, existe el mercado de los cigarrillos, fabricados en Italia o en otros Estados miembros y destinados a ser distribuidos y vendidos en el territorio italiano para satisfacer la demanda de los fumadores (en lo sucesivo, el mercado de los cigarrillos). En este mercado están presentes varios fabricantes de cigarrillos que, compitiendo entre sí procuran atraer al mayor número posible de consumidores hacia sus propias marcas y conservar la fidelidad a dichas marcas de los consumidores ya conquistados.

A continuación, existe el mercado de servicios de distribución y venta al por mayor de los citados cigarrillos (en lo sucesivo, el mercado de distribución al por mayor). En este mercado, la AAMS recoge los cigarrillos de los centros de producción (o, en el caso de los cigarrillos fabricados en el extranjero, en la frontera), los guarda en sus propios depósitos y los distribuye a los almacenes o, a través de las secciones de venta de los depósitos, a los expendedores. Los almacenes guardan los cigarrillos y los venden a los expendedores autorizados.

Por último, existe el mercado de los servicios de venta al por menor de los cigarrillos (en lo sucesivo, el mercado de distribución al por menor). En este mercado existen alrededor de 58 000 expendedoras autorizadas para la venta de los productos sujetos a monopolio y 18 000 locales públicos que poseen licencia”.

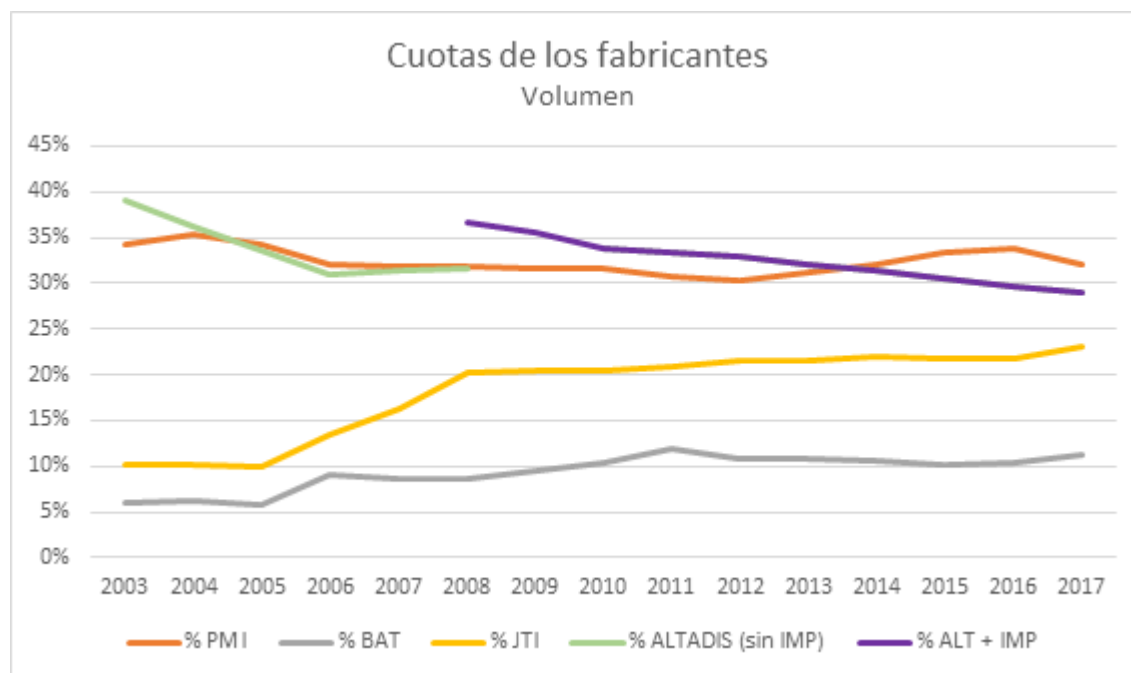
En esta misma Decisión, la Comisión acabó señalando que, aunque se trata de mercados diferenciados, mantienen una relación de elevada interdependencia, de manera que cualquier hecho que se produzca en uno de ellos puede tener consecuencias en los otros. Esto es especialmente válido en el caso del mercado de los cigarrillos, ya que la competitividad de los operadores económicos que actúan en el mismo se ve considerablemente afectada por el tratamiento que reciben sus productos en el marco de la actividad desarrollada en los mercados de distribución al por mayor y al por menor.

La estructura del mercado de tabacos en España se asemeja a la definición realizada por la Comisión Europea, incluyendo las actividades de fabricación y distribución mayoristas y la actividad de comercialización al público a través de los estancos.

Las actividades de fabricación y distribución al por mayor de cigarrillos en España están liberalizadas. El 95,5% de las ventas proviene de cuatro fabricantes multinacionales (PMS, ALTADIS, JTI y BAT) y el 99% de la distribución de cigarrillos se lleva a cabo a través de LOGISTA, único distribuidor de estos cuatro principales fabricantes en península y Baleares.

Tal como se muestra en el gráfico siguiente, las cuotas de mercado de los cuatro principales fabricantes experimentaron variaciones pronunciadas tras la liberación del mercado, alcanzando una gran estabilidad a partir del año 2008¹⁶.

¹⁶ Las cuotas correspondientes a ALTADIS+IMP han sido calculadas como adición de las de ALTADIS e IMPERIAL TOBACCO en 2008, y a partir de 2009, tras la compra de ALTADIS por parte de IMPERIAL TOBACCO, el CMT únicamente proporciona el total de ambas empresas. No se incluyen las cuotas de IMPERIAL TOBACCO anteriores a 2008 al ser estas muy reducidas.



Fuente: elaboración propia a partir de los datos aportados por el CMT

Las 10 principales marcas de tabaco por número de ventas en la península e Illes Balears en los últimos años son las siguientes:

Marca	Fabricante	2018		2017	
		Euros	% sobre el total de ventas (euros)	Euros	% sobre el total de ventas (euros)
MARLBORO	PMS	1.553.590.513	15,281%	1.580.941.992	15,618%
CAMEL	JTI	933.381.490	9,181%	851.130.004	8,408%
WINSTON CLASSIC	JTI	882.921.382	8,684%	949.049.231	9,376%
CHESTERFIELD	PMS	873.270.114	8,589%	867.376.677	8,569%
FORTUNA	ALTADIS	740.863.108	7,287%	751.917.088	7,428%
LUCKY STRIKE	BAT	677.936.353	6,668%	637.714.389	6,300%
L&M	PMS	451.431.890	4,440%	457.911.454	4,524%
WINSTON	JTI	442.051.847	4,348%	351.276.416	3,470%
DUCADOS NEGRO	ALTADIS	387.902.605	3,815%	417.283.869	4,122%

NOBEL	ALTADIS	377.179.657	3,710%	387.888.577	3,832%
--------------	----------------	-------------	--------	-------------	--------

Fuente: Comisionado para el Mercado de Tabacos

En lo que se refiere a la actividad de distribución, en España (excluyendo las Islas Canarias), la distribución mayorista o distribución de tabaco y la minorista o comercialización está regulada de distinta forma, con una clara separación entre ambas actividades.

La importación y **distribución mayorista** es libre, previa obtención de la licencia del Comisionado para el Mercado de Tabacos. Los distribuidores del tabaco, principalmente LOGISTA, han de suministrar a todos los minoristas nacionales (expendedurías de tabaco o estancos) de forma neutral, independientemente de su localización geográfica. La normativa impide a los distribuidores promover la comercialización de productos.

Aunque existen varios distribuidores mayoristas en España, el 99% de la distribución de cigarrillos se lleva a cabo a través de LOGISTA.

Por su parte, en el nivel de la **comercialización minorista** todavía existe un monopolio del Estado a través de las expendedurías oficiales que constituyen el “primer canal”. En la actualidad existen alrededor de 13.000 estancos.

Cada fabricante de tabaco puede fijar libremente el precio de venta minorista pudiendo las expendedurías o estancos suministrarse según sus necesidades del distribuidor. El margen comercial de los estancos se fija por Ley y es del 8,5% como se ha indicado previamente.

En este sentido, es de destacar nuevamente la incidencia que tienen sobre el precio del tabaco los impuestos especiales que le son de aplicación, y que llegan a suponer casi el 80% del precio de venta al público.

En lo que se refiere al consumo de tabaco, cabe indicar que se trata de un bien cuya demanda se considera inelástica o insensible a la variación de los precios, al ser un producto adictivo. La baja elasticidad de la demanda de tabaco ha sido observada en multitud de estudios empíricos¹⁷ y también puede inferirse de la

¹⁷ Es decir, La mayoría de estudios empíricos encuentran una elasticidad precio de la demanda de tabaco inferior a uno en valor absoluto. Por ejemplo, algunos estudios a nivel europeo encuentran elasticidades a corto plazo entre -0,3 y -0,4 (Nguyen, L., Rosenqvist, G., y Pekurinen, M.. (2012), “Demand for Tobacco in Europe. An Econometric Analysis of 11 Countries for the PPACTE Project”. National Institute for Health and Welfare (THL). Report 6/2012). Esto estaría en línea con los resultados encontrados por la literatura relacionada (Cotti, C., Nesson, E., y Tefft, N. (2016), The effects of tobacco control policies on tobacco products, tar, and nicotine purchases among adults: Evidence from household panel data. American Economic Journal: Economic Policy, 8(4),

tributación especial que se aplica al consumo de tabaco, que no sólo busca un efecto desincentivador del consumo sino también recaudatorio.

Los propios fabricantes reconocen que cada producto está orientado a un perfil específico de consumidor, por lo que la sustituibilidad se vería limitada, lo que estaría en línea con la afirmación de Motta¹⁸ que asegura que los cigarrillos se caracterizan por un alto grado de fidelidad del consumidor. De hecho, existen estudios que indican que la fidelidad de los consumidores de tabaco a la marca roza el 80% (según datos de 2012 en España)¹⁹. Por ello, se puede definir a las marcas de cigarrillos como productos en los que se da un cierto grado de diferenciación, definición que han aplicado también otras autoridades de competencia²⁰. Además, con el paso de los años, el número de variedades ha ido en aumento.²¹

La demanda de cigarrillos en España sufrió una fuerte caída de las ventas entre los años 2008 a 2013, año a partir del cual la caída se suavizó, como se puede apreciar en el gráfico siguiente:

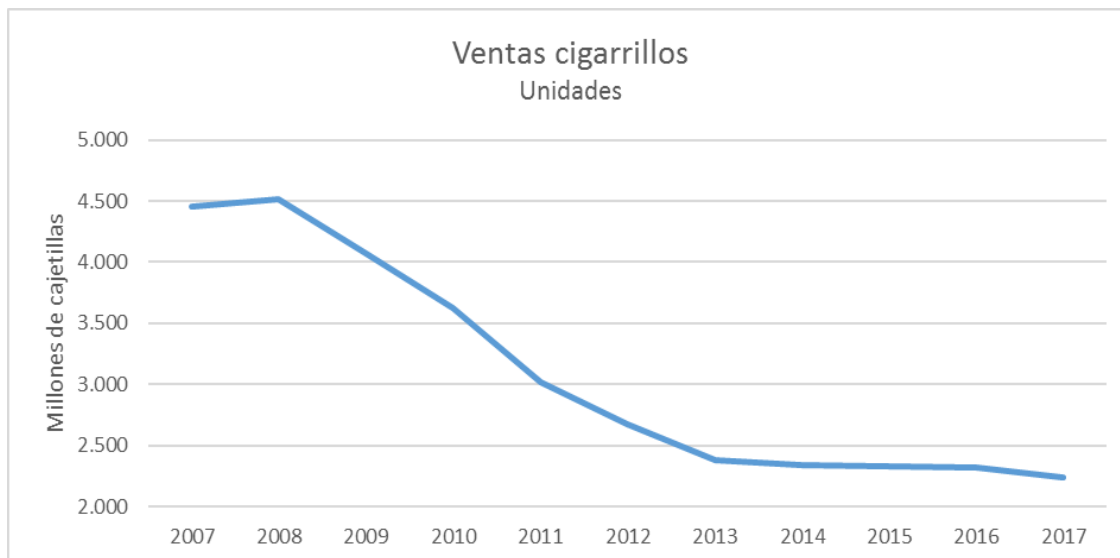
103-23), si bien es cierto que los efectos serían distintos en función del marco temporal, la edad o el nivel de renta del país (Yeh, C. Y., Schafferer, C., Lee, J. M., Ho, L. M., y Hsieh, C. J. (2017), The effects of a rise in cigarette price on cigarette consumption, tobacco taxation revenues, and of smoking-related deaths in 28 EU countries--applying threshold regression modelling. BMC public health, 17(1), 676).

¹⁸ Motta, M. (2004). *Competition policy: theory and practice*. Cambridge University Press, página 146.

¹⁹ "La fidelidad de los consumidores a la marca", elaborado por el Servicio de Estudios del Consejo Superior de Cámaras para la Oficina Española de Patentes y Marcas en 2013. Disponible en: http://www.oepm.es/comun/documentos_relacionados/Publicaciones/Estudios-Articulos/2013_04_23_La_fidelidad_de_los_consumidores_a_la_marca.pdf

²⁰ Ver página 59 de la Decisión del caso CE/2596-03: Tobacco (Office of Fair Trading).

²¹ A partir de los datos suministrados por los fabricantes como contestación al requerimiento de información del 23 de enero de 2018, se observa que en 2017 PMS tenía 19 referencias distintas; BAT, 33; ALTADIS, 52; y JTI, 44. En 1999, el número de referencias era inferior para todos esos fabricantes (PMS, 17; BAT, 27; ALTADIS, 14 y JTI, 16).



Fuente: Elaboración propia a partir de las Estadísticas sobre el Mercado de Tabacos del CMT

2.2. El mercado geográfico

En lo que se refiere al alcance de las conductas objeto del presente expediente, cabe indicar que estas se han extendido a todo el territorio nacional, por lo que este es el ámbito geográfico de afectación de las mismas.

Por otro lado, de acuerdo con las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal, al aplicar el criterio del efecto sobre el comercio, deben tenerse en cuenta el concepto de “comercio entre los Estados miembros”, la noción de “pueda afectar” y el concepto de “apreciabilidad”. De acuerdo con las citadas Directrices, el comercio entre Estados miembros también puede verse afectado en el caso de que el mercado pertinente sea nacional o subnacional.

De acuerdo también con la citada Comunicación, la evaluación de la apreciabilidad depende de las circunstancias de cada asunto, en particular de la naturaleza del acuerdo o práctica, de la naturaleza de los productos de que se trate y de la posición de mercado de las empresas afectadas. Cuando por su propia naturaleza el acuerdo o práctica puede afectar al comercio entre los Estados miembros, el umbral de apreciabilidad es inferior, indicando las Directrices que para aplicar la prueba de la apreciabilidad no es imprescindible definir los mercados de referencia y calcular las cuotas de mercado.

Respecto de la posible afectación del comercio interior de la Unión Europea y, por tanto, de la procedencia de aplicar el artículo 101 del TFUE, esta Sala, en consonancia con la Dirección de Competencia, considera aplicable también dicho

artículo en cuanto que el alcance de estas conductas se ha extendido a todo el territorio nacional y, teniendo en cuenta la naturaleza y características de las conductas analizadas, así como las empresas que han participado en las mismas, los principales fabricantes de cigarrillos en España y el principal distribuidor, éstas son susceptibles de tener un efecto apreciable sobre el comercio en el interior de la Unión Europea, constituyendo estas prácticas una barrera para potenciales entrantes en el mercado.

IV. HECHOS ACREDITADOS

1. EN RELACIÓN CON EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN SOBRE VENTAS DE CIGARRILLOS

1.1. Obligaciones de información de los distribuidores al CMT y contenido de la información que el CMT publica periódicamente

De acuerdo con la normativa vigente, los distribuidores de cigarrillos al por mayor deben remitir al CMT de forma periódica determinada información sobre sus ventas a los estancos.

Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 apartado diez de la LOMT y en el artículo 8 del Reglamento LOMT, el CMT podrá recabar de los operadores del mercado de tabacos los datos y documentación que precise para el cumplimiento de sus funciones. En concreto, podrá recabar de los expendedores la información desglosada de las ventas diarias de labores de tabaco realizadas a los puntos de venta con recargo y a particulares, así como requerir a fabricantes, importadores y distribuidores información pormenorizada sobre el origen y destino de los productos de su tráfico.

Con base en lo anterior, los distribuidores remiten al CMT una serie de información con la frecuencia y el detalle que se señala a continuación:

-Diariamente: LOGISTA indica que, por requerimiento del CMT de 7 de abril de 2005, le remite diariamente informes de sus ventas diarias por fabricante de cigarrillos.

Asimismo, indica que, por requerimiento del CMT de 25 de febrero de 2013, le remite diariamente informes de sus ventas diarias de cigarrillos por segmentos, área de procedencia, marca, nombre y familia, en unidades físicas y en euros (folio 7033).

El contenido de estos documentos incluye información sobre fecha de venta, distribuidor, clase de tabaco, segmento, marca, fabricante, unidades día, kilos

día y Euros/día. Un ejemplo de las citadas tablas se incluye en los folios 7053 a 7055.

-Mensualmente: Según el artículo 21 del Reglamento LOMT, los distribuidores deben facilitar sus ventas y aprovisionamientos de cada mes, en unidades físicas y en valor, en el ámbito provincial.

Sobre esta base, LOGISTA envía el desglose provincial de ventas efectuadas a los estancos al CMT de forma mensual²².

-Trimestralmente: LOGISTA indica que, por requerimiento del CMT de 5 de octubre de 2006, envía trimestralmente al CMT el desglose de ventas a los estancos por expendedor (volumenes y comisiones), referidos únicamente a los expendedores que superen un determinado límite de comisiones establecido por el CMT²³.

-Anualmente: Según el artículo 21 del Reglamento LOMT, los distribuidores deben facilitar en el mes de enero de cada año (i) un resumen anual de las ventas y aprovisionamientos de cada mes, en unidades físicas y en valor, en el ámbito provincial, y (ii) un resumen anual de ventas con el importe de cada expendeduría.

Sobre esta base, LOGISTA envía al CMT los respectivos informes anuales de ventas efectuadas a los estancos²⁴.

Con base en toda la documentación recibida, el CMT publica mensualmente en su página web²⁵ un informe que incluye, respecto a la información sobre ventas, las ventas mensuales de productos agrupados por provincia, en volumen y valor, además de las cuotas de mercado de las principales marcas y de los principales fabricantes, con un decalaje mensual.

²² Escrito de LOGISTA de 7 de marzo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la Dirección de Competencia (folio 7033).

²³ Escrito de LOGISTA de 7 de marzo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la Dirección de la Dirección de Competencia (folio 7034).

²⁴ Escrito de LOGISTA de 7 de marzo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la Dirección de Competencia (folio 7033).

²⁵<http://www.minhfp.gob.es/es->

[ES/Areas%20Tematicas/CMTabacos/Paginas/comiteconsultivo.aspx](http://www.minhfp.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/CMTabacos/Paginas/comiteconsultivo.aspx)

1.2.El servicio de información sobre ventas que ofrece LOGISTA a los fabricantes de tabaco

LOGISTA ofrece a los fabricantes con los que tiene un contrato de distribución una serie de servicios de información sobre sus ventas. En particular, ofrece dos tipos de servicios: información de sus ventas a expendedurías (datos sell-in) e información de ventas de los estancos a los consumidores (datos sell-out). En relación a los datos sell-in, proporciona, por una parte, determinados datos de forma gratuita a todos los distribuidores y, por otra, ofrece datos adicionales con un determinado coste. Los datos sell-out se ofrecen con un determinado coste.

LOGISTA confirma en relación con los datos sell-in que ²⁶:*“proporciona, a todos aquellos fabricantes con los que mantiene un contrato de distribución, información sobre ventas a las Expendedurías de Tabaco y Timbre (la información de Sell-in), sin recibir contraprestación alguna por ello (...) El servicio de suministro de información se presta con transparencia y su existencia es de público conocimiento”*.

Asimismo, LOGISTA ha señalado que ofrece a los fabricantes información adicional del servicio sell-in mediante contraprestación económica²⁷: *“Adicionalmente, Logista ofrece la posibilidad a todos los fabricantes de ampliar el ámbito objetivo del servicio de Sell-in, añadiendo determinada información, que cada fabricante decide si quiere recibir o no, y que no se presta con carácter gratuito, sino mediante contraprestación económica”*.

En lo que se refiere a los datos sell-out, LOGISTA describe el servicio que ofrece a los fabricantes de la siguiente manera²⁸:*“El proyecto de Sell Out se compone de los siguientes procesos en cuanto a los datos se refiere: 1. Logista recopila los datos*

²⁶ Escrito de LOGISTA de 17 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la Dirección de Competencia (folio 8161).

²⁷ A este respecto, *“Logista, como distribuidor mayorista, presta a los fabricantes una serie de servicios de transporte, logísticos, de distribución, administrativos y de información, que incluyen el transporte de los productos desde las fábricas de los fabricantes a los puntos de venta (estancos), almacenamiento, preparación de pedidos, reparto, gestión de servicios postventa (retirada de productos defectuosos o averiados de los estancos), información sobre existencias y otros servicios de valor añadido, prestados todos ellos, en virtud de un contrato de distribución”*. Escrito de LOGISTA de 17 de mayo de 2018, en contestación al requerimiento de información de la Dirección de Competencia (folio 8161).

²⁸ Correo electrónico interno remitido con fecha 3 de octubre de 2016 por responsable de Marketing de LOGISTA a varios destinatarios de ALTADIS, con el asunto “Aclaraciones sobre los datos del Proyecto Sell Out” aportado por ALTADIS en contestación a solicitud de información de la Dirección de Competencia (folio 2831).

de ventas y stock de los Puntos de Venta a través de los Terminales de Venta que utilizan. Para ello, cada Titular de la Expendeduría firma un contrato de cesión y explotación de estos datos con Logista. 2. Logista trata estos datos y prepara dos tipos de entregas: a. Raw Data: Se trata de datos diarios directos del punto de venta sólo con labores de ITG (...); b. Estimaciones de mercado (...) Incluye las marcas propias de ITG y de la competencia que distribuye Logista”.

Es de destacar que, en general, los servicios de información sobre ventas no han sido explícitamente recogidos en los contratos de distribución de LOGISTA y cuando se han recogido hacen referencia únicamente a los datos propios del fabricante (no a los de sus competidores), como ocurre en los contratos antiguos de JTI y ALTADIS. En el caso de BAT, sin embargo, se incluyó de forma explícita al menos desde el año 2010.

La propia ALTADIS revela que el sistema de transmisión de datos con LOGISTA no está expresamente recogido en ningún contrato, tal y como se recoge en un correo interno de fecha 8 de enero de 2013, remitido por la Directora de Asuntos Corporativos y Legales de ALTADIS²⁹.

De hecho, la propia LOGISTA afirma que no incluye el servicio de información sell-in en los contratos, en su respuesta al requerimiento efectuado por la Dirección de Competencia con fecha 21 de diciembre de 2017³⁰: *“Debido a que se proporciona [Sell-in gratuito] a todos los fabricantes, en muchos casos este servicio no está recogido en los contratos de distribución, sino que se presta sobre la base jurídica de la práctica comercial a la que nos hemos referido anteriormente” (folio (..)) Más concretamente, y con respecto a los cuatro fabricantes [PMI, ALTADIS, JTI y BAT], la prestación del servicio de Sell-in únicamente está regulado de manera expresa en el Anexo 10 del contrato de distribución suscrito con BAT”*.

Igualmente, PMS³¹ y JTI³² confirman la no inclusión en sus contratos con LOGISTA de dicho servicio de sell-in en sus respuestas al requerimiento de fecha 26 de

²⁹ Correo de 8 de enero de 2013 de la Directora de Asuntos Legales de ALTADIS, aportado por ALTADIS con fecha 10 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folio 7821).

³⁰ Escrito de LOGISTA de 17 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folios 8163 a 8165).

³¹ Escrito de PMS de 22 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folio 8455).

³² Escrito de JTI de 17 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folio 8137).

febrero de 2017: “El suministro por parte de LOGISTA a PMS de datos sobre las ventas diarias de LOGISTA de los productos de PMS y otros fabricantes de tabaco a los estancos, agregados por provincia, no está regulado en el contrato de distribución entre LOGISTA y PMS ni en ningún otro documento”. “Este suministro se concibe como parte de los servicios que Logista presta a JTI y, por lo tanto, no está recogido de forma expresa en ninguno de los acuerdos concluidos entre JTI y Logista”.

a. El contenido de la información sell-in gratuita

La información que LOGISTA ofrece a todos los fabricantes de forma gratuita (Sell-in gratuita) incluye los siguientes datos³³ :

- **Diariamente**

- Existencias por producto y centro de los productos propios del fabricante.
- Ventas por producto y provincia de todas las labores distribuidas por LOGISTA³⁴.
- Censo de expendedurías.
- Censo de todos los productos distribuidos por LOGISTA.

- **Mensualmente**

- Ventas por expendedor de los productos propios del fabricante.
- Ventas por expendedor, agregadas por segmento de producto (cigarrillos rubios, cigarrillos negros, picadura de liar, picadura de pipa y cigarros).
- Ventas, existencias y movimientos de los productos propios del fabricante en cada uno de los centros de Logista.

En la actualidad LOGISTA presta el servicio Sell-in a 16 fabricantes e importadores con los que suscribió un contrato de distribución³⁵, entre los que se incluyen los principales fabricantes de cigarrillos en España como PMS, ALTADIS, JTI y BAT,

³³ Escrito de LOGISTA de 17 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la Dirección de Competencia (folio 8163).

³⁴ Excepto los productos de BAT, desde el año 2013.

³⁵ Información aportada por LOGISTA en contestación a diferentes requerimientos de información (folios folios 8161, 8165 a 8166, 12396 y 12397).

si bien la información que recibe BAT no incluye el desglose de los restantes fabricantes desde 2013, como se analizará con posterioridad.

Ninguno de los cuatro fabricantes principales tiene ni ha tenido ningún contrato de distribución con ningún otro distribuidor distinto de LOGISTA para sus productos de cigarrillos en Península y Baleares³⁶. Por tanto, LOGISTA es el único distribuidor mayorista al que los cuatro fabricantes principales venden cigarrillos en Península y Baleares.

Los citados fabricantes confirman que reciben esta información, en particular, los datos de ventas diarias de LOGISTA desagregadas por marca y provincia. Así, PMS afirma que ³⁷ *“Junto con los servicios prestados en el marco del contrato de distribución (...), a lo largo de los años LOGISTA ha facilitado a PMS cierta información (...). Esta información, conocida como Sell-in, incluye entre otros datos ventas diarias realizadas por LOGISTA de los productos de PMS y otros fabricantes de tabaco distribuidos por LOGISTA a los estancos, agregados por provincia. Se trata de la única información diaria Sell-in que recibe PMS que incluya las ventas de LOGISTA de productos de otros fabricantes de tabaco”*.

Por su parte, JTI manifiesta que³⁸ *“Logista proporciona de forma gratuita a JTI información diaria sobre las ventas realizadas por logista a los estancos de los productos distribuidos por Logista (excepto los productos fabricados por BAT) agregadas por provincia”*.

BAT afirma que³⁹: *“hasta el año 2012 Logista proporcionaba a BAT, en el marco del anexo 10 del contrato de distribución suscrito entre ambas partes, cierta información relativa a las ventas y existencias de los productos de tabaco distribuidos por Logista a la red de expendedurías (...) Con periodicidad diaria: (...) Información de ventas diarias por producto agregadas a nivel provincial de todas las labores comercializadas por Logista”*.

³⁶ PMS desde 1997 (folio 8471), BAT desde 1999 (folio 8422) y ALTADIS desde 2000 (folio 7867) y JTI desde 2000 (folio 8147). En Canarias los fabricantes hacen o han hecho uso de otros distribuidores.

³⁷ Escrito de PMS de 22 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la Dirección de Competencia (folio 8455).

³⁸ Escrito de JTI de 22 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folio 8137).

³⁹ Escrito de JTI de 22 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folio 8414).

El suministro de estos datos se realiza desde hace años, si bien los fabricantes no son capaces de determinar con exactitud el inicio de este flujo de información. Así, PMS señala que los datos más antiguos que conserva en la actualidad datan del 2 de enero de 1997⁴⁰ aunque, según LOGISTA, su primer contrato de distribución es del año 1999⁴¹. ALTADIS se refiere a la fecha en la que suscribió su contrato de distribución con LOGISTA en el año 2000⁴². Por su parte, JTI señala que asumió los derechos y obligaciones de R.J. Reynolds desde el 1 de enero de 2001⁴³. Finalmente, BAT indica que tiene constancia de la recepción de esta información desde el año 2005, si bien existen trazas en sus archivos que indican que LOGISTA podría estar remitiendo esta información al menos desde enero de 2001⁴⁴. LOGISTA, por su parte, señala que⁴⁵ *“el suministro de dicha información se ha efectuado desde el inicio de la relación contractual con dichos fabricantes”*.

LOGISTA señala que proporciona la información a los fabricantes mediante el depósito de ficheros electrónicos en una carpeta de su servidor de intercambio de ficheros al que los fabricantes se conectan para recoger la información. LOGISTA facilita un usuario a cada fabricante para el acceso a la información Sell-in. No se emiten usuarios diferenciados para distintas empresas de un mismo grupo (sin perjuicio de que sean empleados de la filial nacional los que en su caso puedan realizar los accesos o sean las personas de contacto de LOGISTA para las incidencias técnicas)⁴⁶. Confirma que se trata de un único fichero que LOGISTA pone a disposición de todos los fabricantes, a excepción de BAT desde 2013⁴⁷.

⁴⁰ Escrito de PMS de 22 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folio 8455).

⁴¹ Escrito de LOGISTA de 17 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folio 8168).

⁴² Escrito de ALTADIS de 10 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folio 7867).

⁴³ Escrito de JTI de 22 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folio 8146).

⁴⁴ Escrito de BAT de 18 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folios 8421).

⁴⁵ Escrito de LOGISTA de 13 de abril de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folios 7521 a 7525).

⁴⁶ Información aportada por LOGISTA en contestación a requerimiento de información de la DC (folio 12396).

⁴⁷ Escrito de LOGISTA de 13 de abril de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folios 7521 a 7525).

En el folio 8474 se muestra el detalle de la información recibida diariamente por los fabricantes.

De la información aportada por LOGISTA se acredita que otros terceros fabricantes de cigarrillos de marca con una reducida cuota de mercado recibieron el servicio sell-in por parte de dicho distribuidor. LOGISTA ha señalado que los fabricantes DOS SANTOS, S.A. desde 2003, HEUPINK&BLOEMEN TABAK, B.V. desde 2003 a través de su representante comercial PROMO TOBACCO, S.L., POSCHL TABAK GMH&CO, KG desde 2005, VERKOOPTECENTRALE VAN TABAKSPRODUKTEN HOLLAND, B.V. desde 2007, MANIFATTURA ITALIANA TABACCO, S.P.A. desde 2008, GRAND RIVER ENTERPRISES, GMBH desde 2008 a través de su representante comercial TOBACCOLAND SPAIN, S.L., JOH.WILH.VON EICKEN, GMBH a través de su representante comercial PROMO TOBACCO S.L., TABACALERA SAN FRANCISCO, S.A. desde 2010 a través de su representante comercial IBERTABAC COMERCIAL, S.L., HEINZT VAN LANDEWYCK, SARL desde 2011, KT INTERNATIONAL (KING'S TOBACCO JSC) desde 2012 a través de su representante comercial TOBACCOLAND SPAIN, S.L. y COMPAÑÍA INDUSTRIAL DE TABACOS MONTE PAZ, S.A. desde 2017 a través de su representante comercial IBERTABAC COMERCIAL, S.L.⁴⁸.

b. Sobre el conocimiento del sistema de información por parte de los fabricantes

ALTADIS y BAT han manifestado conocer que, al menos desde 2012 y 2005, respectivamente, los datos de sus ventas a los estancos eran distribuidos por LOGISTA al resto de fabricantes.

ALTADIS señala que *“no recuerda la fecha exacta desde la que conoce que Logista provee información a otros fabricantes relativa a las ventas de sus productos a los estancos. No obstante, la compañía puede confirmar que es con anterioridad a 2012”*⁴⁹. Por su parte, BAT indica que *“tiene constancia de que, al menos desde el año 2005 Logista distribuía datos de ventas de sus productos a nivel provincial”*⁵⁰.

⁴⁸ Escrito de LOGISTA de 20 de septiembre de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folios 12386 a 12507).

⁴⁹ Escrito de ALTADIS de 10 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folio 7840).

⁵⁰ Escrito de BAT de 18 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folio 8417).

Por otro lado, PMS afirma que⁵¹ *“no sabe exactamente desde cuándo, bajo qué condiciones, y hasta qué punto LOGISTA proporciona servicios de información a terceros, o el tipo de servicios (i.e., Sell-in gratuito o adicional) que estos terceros hayan podido contratar”* y JTI señala que⁵² *“no tiene conocimiento del contenido de los acuerdos alcanzados entre Logista y los competidores de JTI en el marco de sus respectivos acuerdos de servicios de distribución”*.

Preguntados si llevaron a cabo alguna acción para evitar que la información de ventas de sus productos a estancos se divulgara a sus competidores a través de LOGISTA, sólo BAT asegura que⁵³ *“el contrato de distribución de Logista incluye una fórmula que impide el suministro de la información de los productos de BAT a otros fabricantes de tabaco”*. Efectivamente, como se verá más adelante, el contrato de distribución de BAT recoge una disposición en este sentido desde el año 2012.

Sin embargo, los restantes fabricantes afirman que sus respectivos contratos de distribución contienen cláusulas de confidencialidad, pero todos ellos consideran que no resultan de aplicación a la información sobre ventas que distribuye LOGISTA.

Así, PMS contesta que⁵⁴ *“el contrato de distribución suscrito entre LOGISTA y PMS contiene una cláusula de confidencialidad (...) Esta cláusula no se extiende a la información y datos facilitados por LOGISTA en el marco de los servicios de información”*. Por su parte, ALTADIS afirma que⁵⁵: *“El contrato de distribución de Altadis y Logista (...) contiene una cláusula de confidencialidad (...) la protección en ningún caso alcanza a la información de datos de ventas de su propio stock que logista realice a los estancos”*. Finalmente, JTI contesta que⁵⁶ *“Tanto el Acuerdo de Distribución de 1998 y el Acuerdo de Distribución de 2016 contienen una cláusula de confidencialidad (...) los datos relativos a las ventas que realiza Logista a los*

⁵¹ Escrito de PMS de 22 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folio 8456).

⁵² Escrito de JTI de 17 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folio 8137).

⁵³ Escrito de BAT de 18 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folio 8418).

⁵⁴ Escrito de PMS de 22 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folio 8460).

⁵⁵ Escrito de ALTADIS de 10 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folios 7840-7841).

⁵⁶ Escrito de JTI de 17 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folio 8138).

estancos son propiedad de Logista y, por tanto, no es información que pertenezca a JTI”.

Por tanto, queda acreditado que, desde al menos 1999, LOGISTA suministra diariamente y de forma gratuita a todos los fabricantes (y éstos reciben) información sobre ventas a estancos de todos los productos que distribuye (a excepción de los de BRITISH AMERICAN TOBACCO desde 2013), desglosados por marca y por provincia, y que entre estos fabricantes se encuentran PHILIP MORRIS, ALTADIS y JTI. Mientras que BRITISH AMERICAN TOBACCO únicamente recibe los datos propios desde 2013.

c. El uso de la información sobre ventas por parte de los fabricantes

Los fabricantes hacen uso de la información que les es remitida diariamente por LOGISTA para elaborar o reformular su estrategia comercial, realizando informes diarios que se circulan internamente entre sus principales directivos.

PMS configura informes diarios con los datos de las ventas que le remite LOGISTA, tal como se refleja en un correo electrónico interno⁵⁷: *“A partir de mañana recibirás en tu buzón de correo electrónico los informes automáticos con las ventas diarias del mercado de península. Estos informes se generan con las ventas que nos envía diariamente Logista”.*

Efectivamente, se comprueba que desde la dirección de correo gestordepuestos.bravo@pmi.com se remiten correos electrónicos diariamente con el asunto “Daily Sales OB”, adjuntando un archivo referido a las ventas diarias de cigarrillos, como puede comprobarse en el correo de fecha 28 de febrero de 2017 que ha sido incorporado al expediente a modo de ejemplo (folios 3228 a 3235).

De igual modo, ALTADIS genera informes diarios con la información de las ventas, tal como se refleja en un correo electrónico interno en el que se adjunta un documento titulado “Ventas Diarias – 20141210 -0827”⁵⁸, que incluye una tabla donde consta LOGISTA como origen de la información (“Source: LOGISTA”). A este correo le precedía otro con la misma fecha y asunto remitido por el Responsable de Informes y Programas –Business Intelligence- de ALTADIS, en el que se indica que: *“El informe de ventas diario ha sido actualizado con ventas hasta el día 10*

⁵⁷ Correo electrónico interno de PMS, con fecha 31 de julio de 2012, del Responsable de Sistemas de la Información al Director General, con el asunto “Informe de ventas diarias” (folios 3180 a 3197).

⁵⁸ Correo electrónico interno de Altadis, con fecha 11 de diciembre de 2014 de la Directora de Asuntos Corporativos y Legales al Director de Ventas y al Consejero Delegado con el asunto “Ventas diarias/Daily sales del día 10 December 2014”.

December 2014”, con información sobre indicadores principales de volúmenes vendidos de ciertas marcas y fabricantes (folios 7823 a 7835).

La utilidad de esta información para los fabricantes queda reflejada en varios correos electrónicos internos de ALTADIS: “*Lo discutiré con ... mañana cuando podamos ver las ventas diarias para comprobar si se está cargando y nuestra cuota de mercado*”⁵⁹ (folio 7822); “*Tenemos las ventas por estanco de BAT y por marca. Teniendo en cuenta que ellos no permiten ni saberlas por provincia considero que es muy relevante. Por favor decide si se lo envías a BI [business intelligence], en cualquier caso, lo ideal para salvaguardar la fuente de información es no relevar [SIC] el origen. Como verás las provincias de la Región Este de ellos no coincide con la nuestra porque evidentemente el peso de Levante para sus marcas es muy bajo y porque por el contrario en el norte de España ellos tienen mucha relevancia*”, “*verás la FF.VV. actual de BAT en estas provincias concretas pero se puede extrapolar [SIC] la de España amén de distinguir el % de los estancos visitados [SIC] con el % de estancos a los que llegan por teléfono*”⁶⁰ (folio 7747); : “*Ahora entiendo las prisas de los managers de PMI por cerrar pedidos antes del cierre!!!!*” (folio 7823).

Asimismo, en el informe interno recabado en LOGISTA titulado “Borrador de memoria sobre los aspectos de la ley de la competencia relativos a los acuerdos de intercambio de información entre Logista y empresas de tabaco”⁶¹, se reconoció la utilidad de la información dada la estructura del mercado: “*Dada la alta cuota de mercado que tiene Logista en la distribución de labores de tabaco (más del 95%), está información proporciona al fabricante un conocimiento preciso y detallado del mercado de venta al por menor, es decir, las ventas de labores de tabaco al consumidor*” (folios 4016 a 4036).

Los propios fabricantes reconocieron la utilidad estratégica de los datos de ventas en el marco de un procedimiento llevado a cabo por la Autoridad Italiana de

⁵⁹ Es traducción libre del texto original “*I will discuss with ... [t]mr when we can also look at daily sales to see if loading is happening and our fare share*”. Correo electrónico interno de ALTADIS remitido con fecha 14 de mayo de 2013 (0.55h) por el Director de Ventas, al Director de Estrategia e Inteligencia Financiera.

⁶⁰ Correo electrónico interno de ALTADIS remitido con fecha 16 de marzo de 2014, por el Director regional de ventas al Director de Ventas, con el asunto INFORMACIÓN RELEVANTE BAT.

⁶¹ Informe recabado del despacho del Director General Tabaco y Productos de Conveniencia de LOGISTA (folios 4016 a 4036).

Competencia en 2004⁶². BAT reconoció que el acceso a estos datos permitía “*descubrir inmediatamente los resultados de las estrategias de los competidores*”⁶³ y JTI señaló que esta información permite “*comprender plenamente el rendimiento conseguido o conseguible en el mercado*”⁶⁴.

d. BAT solicitó a LOGISTA en 2012 recibir únicamente los datos propios y que dejara de remitir sus datos a sus competidores

En febrero de 2012 BAT solicitó a LOGISTA dejar de recibir datos desglosados de sus competidores y que sus propios datos dejaran de ser distribuidos a estos. Dicha solicitud fue atendida en enero de 2013.

Con fecha 14 de febrero de 2012, el Director General de BAT remitió una carta al Director General Tabaco y Productos de Conveniencia de LOGISTA, en la que solicitó dejar de recibir los datos de ventas de sus competidores y que sus propios datos dejaran de ser remitidos a sus competidores, en los siguientes términos⁶⁵: “*se ha constatado que en España y Francia, a diferencia de lo que ocurre en otros mercados, las empresas del Grupo BAT reciben de su representada determinada información relativa a sus mercados*”, “*les solicitamos que lo antes posible lleven a cabo los cambios necesarios en el sistema para que la información que Logista proporcione a BAT España sea exclusivamente la siguiente*”:

- *Información diaria de:*

1. Ventas por expendeduría y provincia, así como volúmenes de stocks por centro, de cada SKU⁶⁶ comercializada de BAT (...)

Asimismo, la información relativa a los productos de BAT distribuidos por Ustedes no podría ser suministrada a otros participantes de la industria del

⁶² I557 – PHILIP MORRIS ITALIA-RIVENDITE DI TABACCHI (Bollettino N.24) del 28 de junio de 2004.

⁶³ Traducción libre del texto original: “scoprire immediatamente i risultati delle strategie dei concorrenti”.

⁶⁴ Traducción libre del texto original: “di comprendera appieno le performance conseguite o conseguibile nel mercato”.

⁶⁵ Correo del Director General de ALTADIS de 14 de febrero de 2012 aportado por LOGISTA en contestación al requerimiento de información de la DC (folios 4855 a 4856).

⁶⁶ SKU proviene de «stock-keeping unit» y se refiere al código identificativo de cada una de las marcas.

tabaco en España, salvo que se facilite de forma agregada en el total del mercado”.

De esta forma, el contrato entre ambas partes, que databa de 2010, quedó modificado en uno de sus anexos. Posteriormente, en el año 2015 se incluyó en el contrato la siguiente cláusula⁶⁷: *“Asimismo, la información relativa a los productos de BAT distribuidos por Logista no podrá ser suministrada a otros participantes de la Industria del Tabaco en España, salvo que se facilite de forma agregada en el total del mercado”* (folio 8417).

Esta solicitud de BAT a LOGISTA en España vino precedida por la misma solicitud en Francia, tal como fue comunicado internamente⁶⁸: *“A continuación encontrareis, en francés, una carta de BAT sobre su deseo de dejar de recibir información estadística y de dejar de dar información de sus productos a los competidores. Esto tiene un efecto en la cláusula de reciprocidad existente con todos los fabricantes (...) Se supone que recibiréis la misma carta de BAT España”.*

En respuesta a la solicitud de BAT, el Director General Tabaco y Productos de Conveniencia de LOGISTA remitió una carta al Director General Iberia de BAT, con fecha de 21 de febrero de 2012, en la que alegaba dificultades para proceder de forma inmediata a su solicitud, a la vista de los compromisos adquiridos con los restantes fabricantes⁶⁹ (énfasis añadido): *“BAT solicita que no se envíe este tipo de información sobre los productos de BAT a otros fabricantes con los que tenemos contratos de distribución vigentes que incluyen este tipo de compromisos. Por ello entenderán que, desgraciadamente, no nos encontramos en situación de poder dar curso inmediato a su solicitud ya que sus consecuencias para el resto del mercado no son neutras (...) procederemos a contactar con el resto de fabricantes a los que estamos unidos por un acuerdo de transmisión de información estadística para*

⁶⁷ Escrito de BAT de 18 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folios 8417).

⁶⁸ Es traducción libre del texto original *“Please find, in French, a letter from BAT related to their wish to stop to receive some statistics information and to stop to give information on their own products to the competitors. This has an impact on the reciprocity clause with all manufacturers (...). You are supposed to receive the same letter from BAT Spain”.* Correo electrónico remitido con fecha 9 de febrero de 2012 por el Director General LOGISTA Francia al Director General Tabaco y Productos de Conveniencia de LOGISTA, al Secretario General de LOGISTA, al Director Jurídico de Logista Francia y a otro responsable de LOGISTA FRANCE, con el asunto “BAT France”. Carta aportada por LOGISTA en contestación al requerimiento de información de la DC (folio 4258).

⁶⁹ Carta de 21 de febrero de 2012 aportada por LOGISTA en contestación al requerimiento de información de la DC (folio 4254).

informarles y consultar su opinión, ya que su petición pone en entredicho el principio de reciprocidad que rige históricamente en nuestro mercado. De esta forma, le proponemos trabajar juntos en este tema con el fin de responder lo mejor posible a los requisitos de BAT en coherencia con los compromisos asumidos por Logista con el resto de socios que operan en el mercado".

Así, el sistema de información que prestaba LOGISTA a BAT fue modificado a lo largo de 2012 para adaptarlo a su solicitud, tal como se recoge en los correos internos de BAT⁷⁰: *"Debido al inminente cambio en el tipo de información que recibimos de competencia y para empezar a adecuar nuestros sistemas, necesito que por favor hables con Logista para que te envíe las especificaciones técnicas del nuevo archivo que vamos a recibir"*.

Igualmente, LOGISTA hizo partícipes a los restantes fabricantes de la solicitud de BAT a finales de 2012, como ellos mismos reconocen en sus respuestas. PMS manifiesta que⁷¹ *"Antes de dicha fecha [2 de enero de 2013], LOGISTA había comunicado a PMS que la información Sell-in de LOGISTA dejaría de incluir los productos de BAT, pero PMS no guarda registros de cuándo y cómo exactamente le fue transmitido este mensaje por LOGISTA"*. ALTADIS sostiene que⁷² *"tuvo conocimiento de este hecho en diciembre de 2012, a través de una llamada telefónica de Logista"*. JTI afirma por su parte que LOGISTA le *"informó oralmente en noviembre de 2012 de que BAT dejaría de comprar datos"* ⁷³.

Los fabricantes de cigarrillos adaptaron también sus propios sistemas y sus estrategias con base en la modificación que se iba a producir a raíz de la solicitud de BAT. Así, ALTADIS se preocupó de que fueran aplicadas las cláusulas de reciprocidad, es decir, de que BAT dejara de recibir los datos de ALTADIS⁷⁴: *"Como*

⁷⁰ Correo electrónico remitido con fecha 10 de julio de 2012 por la Directora Inteligencia Comercial de BAT al Jefe de la Cadena de Suministro Iberia de BAT, con el asunto "NUEVA INFORMACIÓN DE IMS (IMPORTANTE)", aportado por LOGISTA con fecha 9 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folio 7803 a 7804).

⁷¹ Escrito de PMS de 22 de mayo de 2018 en contestación a requerimiento de información de la DC (folio 8460).

⁷² Escrito de ALTADIS de 10 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folio 7841).

⁷³ Escrito de JTI de 17 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folio 8138).

⁷⁴ Correo electrónico remitido con fecha 22 de noviembre de 2012 por D. el Director Inteligencia Comercial y Estrategia de ALTADIS a varios destinatarios, con el asunto "Ventas Logista – BAT".

sabéis, BAT ha decidido no permitir a LOGISTA que distribuyan sus datos al resto de fabricantes (...) Supongo que tendremos una cláusula de reciprocidad en el contrato (...) Y por favor dejar claro en vuestras comunicaciones a Logista que no aceptaremos que BAT reciba de NINGUNA manera (ni con retraso, ni histórico, ni nada) nuestras ventas”. La citada entidad insistió en ello en un correo de 23 de noviembre de 2012⁷⁵ *“me gustaría que Logista firmara una que garantice [SIC] que BAT no obtendrá nuestros datos”*.

De la misma manera, PMS adaptó sus sistemas internos para deducir los datos de ventas correspondientes a BAT a partir de los datos disponibles con el objetivo de poder seguir deduciendo las ventas de BAT⁷⁶: *“Desde el 1 de enero de 2013 ya no recibimos las ventas diarias de los productos de BAT de ninguna labor de tabaco a nivel nacional y provincial. A este respecto, tomamos las siguientes medidas: en los informes de ventas diarios, calculamos las ventas totales de BAT como sustracción del total del mercado y el resto de los márgenes comerciales reportados por Logista para obtener las ventas diarias totales actuales de BAT”*. (Énfasis añadido).

En enero de 2013 los fabricantes dejaron de recibir la información correspondiente a las ventas de BAT, tal como reconocen en sus propios escritos. Así, PMS afirma que⁷⁷ *“El día 2 de enero de 2013, PMS recibió de LOGISTA información Sell-in que, por primera vez, no incluían información de las ventas de LOGISTA de los productos de BAT”*. ALTADIS indica que⁷⁸ *“El último mes en el que Altadis recibió información de “sell-in” que incluía ventas de productos de BAT fue enero de 2013”*.

Aportado por ALTADIS el 10 de mayo de 2018 en contestación a requerimiento de información de la DC (folio 7819).

⁷⁵ Correo electrónico remitido con fecha con fecha 23 de noviembre de 2012, aportado por ALTADIS en su contestación a requerimiento de información de la DC (7816 a 7817).

⁷⁶ Es traducción libre del texto original *“as of january 1, 2013, we no longer receive the daily sales of BAT products in any tobacco category on national and provincial level. In this respect we took the following measures: in daily sales reports, we calculate the total BAT sales as a subtraction of total market and the rest of Logista reported TMOs⁷⁶ to obtain actual BAT total daily sales”*). Correo electrónico remitido con fecha 11 de enero de 2013 por el Director Financiero de PMS al Director General de PMS, con el asunto “Informe de ventas diarias, cubos (informes de ventas de BAT)” (traducción libre del texto original “Daily Sales Reporting, Cubes (BAT sales reporting)”) (folios 5649).

⁷⁷ Escrito de PMS de 22 de mayo de 2018 en contestación a requerimiento de información de la DC (folio 8460).

⁷⁸ Escrito de ALTADIS de 10 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folio 7841).

Por último, JTI afirma que⁷⁹ *“JTI dejó de recibir datos de ventas diarias relativas a los productos de BAT por provincia desde el 1 de enero de 2013”*.

e. Los operadores del mercado han puesto en duda la licitud del servicio de información sobre datos de venta que ofrece LOGISTA

En el año 2000, los estancieros solicitaron a LOGISTA que dejara de remitir a los fabricantes los datos de ventas, como se recoge en una carta de la Unión de Asociaciones de Estancieros de España al entonces Presidente de LOGISTA⁸⁰: *“No estamos de acuerdo con dicha manera de proceder, por lo que le reiteramos nuestra protesta y le rogamos dé inmediatamente las órdenes oportunas para que Logista únicamente facilite a cada fabricante los datos referentes a la adquisición de sus diferentes marcas por parte de cada expendedor (...)”*.

En un informe interno de LOGISTA elaborado en el año 2001, se valoró la compatibilidad de la información proporcionada con la normativa de defensa de la competencia. En este informe, recabado en el despacho del Director General Tabaco y Productos de Conveniencia de LOGISTA, con el título⁸¹ *“Borrador de memoria sobre los aspectos de la ley de la competencia relativos a los acuerdos de intercambio de información entre Logista y empresas de tabaco”* se concluye lo siguiente: *“La información facilitada por LOGISTA presenta un alto grado de detalle (por marca y por tipo, en el ámbito nacional y regional) con respecto a los suministros de los fabricantes de tabaco a los estancos. Además, el mercado de tabaco español se caracteriza por un alto grado de concentración”, “el intercambio actual de información presenta riesgos de ser contrario a la competencia”, “no se puede descartar que el intercambio de información realizado a través de Logista se recuse por parte de las autoridades de defensa de la competencia pertinentes”*.

En el año 2012 la propia LOGISTA consideró que el cambio requerido por BAT podía tener su razón en la consideración de que estos intercambios de información podían ser contrarios a la normas de competencia, tal como revela el correo electrónico interno de 22 de febrero de 2002: *“Aunque considero que la reacción de BAT en relación a la modificación del Acuerdo de Distribución es excesivamente preventiva, puede explicarse por las Directrices comunitarias de 14 de enero de 2011 (...) en la aplicación del artículo 101 del Tratado que trata sobre los intercambios de información entre competidores”*. Y valora lo siguiente: *“Pienso que*

⁷⁹ Escrito de JTI de 17 de mayo de 2018 en contestación al requerimiento de información de la DC (folio 8138).

⁸⁰ Información recabada en la inspección de LOGISTA (folio 3990).

⁸¹ Información recabada en la inspección de LOGISTA (folio 4016 a 4036).

*no debe haber ningún problema en mantener los intercambios de información entre fabricantes en los acuerdos de distribución, a los que BAT se refiere (...) En cualquier caso, es evidente que una vez que se informe a todos los fabricantes de la posición de BAT, no podemos esperar mucho a rectificar el Acuerdo de Distribución con BAT, por dos razones: (a) la información declarada por BAT pasa a ser confidencial, en los términos del contrato, dado que han prohibido comunicarlo al resto de fabricantes, y si lo hacemos, podríamos estar quebrantando el Acuerdo, y (b) podríamos incurrir en algún tipo de responsabilidad hacia BAT, si la Comisión abre un procedimiento de infracción, tras la comunicación de BAT, y antes de que rectifiquemos el Acuerdo de Distribución en el sentido que ha solicitado”*⁸².

El Director Jurídico de LOGISTA Francia contestó⁸³: *“la información intercambiada entre fabricantes de tabaco y estipulada en nuestros acuerdos de distribución no está pensada ni establece un marco para infringir la práctica competitiva”*. A continuación, el Director General, Logista Francia) escribió⁸⁴: *“Puede parecer que BAT no renuncia a la reciprocidad de la información pero quiere modificarla como sigue: la información sobre ventas de BAT puede comunicarse a otros fabricantes*

⁸² Correo electrónico de fecha 22 de febrero de 2012 remitido por el Secretario General de LOGISTA al Director Jurídico Logista Francia, al Consejero Delegado de LOGISTA, al Director General Tabaco y Productos de Conveniencia de LOGISTA, al Director General Logista Francia y a otra persona de LOGISTA FRANCE, con el asunto “información BAT” copiado durante la inspección en LOGISTA (folios 4256 y 4257). Es traducción libre del texto original *“Although I consider that BAT reaction regarding modifying the Distribution Agreement is excessively precautionary, it can be explained by the EC Guidelines publication, on January 14, 2011 (...) on the application of article 101 of the Treaty that governs the Information Exchange between competitors. I think there wouldn’t be any problem in maintaining in the distribution agreements the Information Exchange between manufacturers, which BAT letter refers to (...) Anyway, it is evident that once all manufacturers have been informed of BAT position, we cannot delay too much the amendment of BAT Distribution Agreement, for two reasons: (a) the information stated by BAT becomes confidential, in terms of contract, as they have forbidden to communicate it to all other manufacturers, and if we did it, we would be breaking the Agreement and (b) we could incur in some kind of responsibility towards BAT, if the EC started an infringement procedure, just after BAT communication, and before we amend the Distribution Agreement as they have requested”*, copiado durante la inspección en LOGISTA.

⁸³ Es traducción libre del texto original *“The information exchanged between tobacco manufacturers and stipulated in our distribution agreements is not meant to and does not establish a framework to infringe the competition practice”* copiado en la inspección de LOGISTA (folio 4255).

⁸⁴ Es traducción libre del texto original *“It could appear that BAT does not waive the reciprocity of information but wants to modify it as following: BAT sales information could be communicated to other manufacturers with two restrictions: a gap of 1 month to communicate to other manufacturers the details of shipments by BAT product reference; communication of national sales only (no information at the department level)”* copiado en la inspección de LOGISTA (folio 4255).

con dos limitaciones: comunicarles los detalles de las remesas de productos de BAT a mes pasado; comunicar sólo ventas nacionales (no dar información a nivel regional)”.

En este mismo sentido LOGISTA elaboró un informe interno titulado “Nota sobre intercambio de información entre fabricantes”, que recoge el régimen jurídico aplicable a estos intercambios de información donde se dice ⁸⁵: *“los intercambios de información individualizada semanal o mensual, entre fabricantes, a través de LOGISTA”, “existe un riesgo mínimo – por no decir, inexistente – de que tal práctica sea sancionada por la Comisión Europea, ya que no tiene por “objeto” ni “puede” producir un efecto restrictivo de la competencia apreciable”.*

En el año 2012 PMS hizo referencia a los “*potenciales riesgos legales*” derivados del intercambio de esta información en un correo electrónico interno en el que señaló la necesidad de sopesar los beneficios de recibir la misma⁸⁶: *“la información de mercado obtenida a través de Logista en términos de valor añadido para la compañía y potenciales riesgos legales”* .

Finalmente, en el año 2013, ALTADIS se refirió a la posibilidad de que estas prácticas obedecieran a un sistema “hub and spoke”⁸⁷: *“hay razones que aconsejarían no cruzarnos ningún documento con Logista sobre este asunto, a riesgo de que pudiesen ser mal interpretados por nuestras autoridades de competencia, en el sentido de que los fabricantes tienen montado un Sistema de intercambio de datos a través y que ésta no es más que un instrumento para facilitarse datos entre uno y otro (el “hub and spoke” – el eje y los radios). Creo que el propio hecho de que no exista un contrato en el que se regulen las condiciones de la información, frecuencia, etc.... y se funcione simplemente abonando las facturas que nos van girando por “información” da que pensar”.*

⁸⁵ Informe adjunto al correo electrónico remitido con fecha 27 de febrero de 2012 por el Director de Servicios al Consumidor de LOGISTA al Director de Cigarrillos y Picaduras de LOGISTA con el título “RE: Información BAT” copiado en la inspección de LOGISTA (folios 4262 a 4270).

⁸⁶ Es traducción libre del texto original *“the trade information obtained through Logista in terms of added value for the company and potential legal risks”*. Correo electrónico interno de PMS, de fecha 5 de julio de 2012, remitido por el Director Jurídico a varios directivos con el asunto “Provision of Logista Data to 3rd party”(folio 5647).

⁸⁷ Correo electrónico de fecha 8 de enero de 2013 remitido por el Director Jurídico de ALTADIS a la Directora de Asuntos Corporativos y Legales de ALTADIS, con el asunto “Ventas Logista – BAT” aportado por ALTADIS en contestación al requerimiento de información de la DC (7818 a 7820).

2. EN RELACIÓN CON EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN SOBRE PRECIOS

2.1. El régimen legal de comunicación y publicación de precios del tabaco de venta al público

El artículo 4.2 de la LOMT establece que el precio de venta al público de los distintos tipos, marcas y modalidades de tabaco comercializados en España (con excepción de las islas Canarias) lo determinan los fabricantes de tabaco.

Asimismo, el citado artículo impone a los fabricantes e importadores la obligación de comunicar los precios que fijen al Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria a los efectos prevenidos en la normativa reguladora de los Impuestos Especiales, y al CMT a efectos de su publicación, en el plazo máximo de un mes, en el Boletín Oficial del Estado para su publicidad y eficacia general.

Aunque el CMT dispone de un mes para resolver sobre la publicación de los nuevos precios remitidos por los fabricantes⁸⁸, se ha constatado que generalmente resuelve el mismo día de la recepción de la solicitud del fabricante⁸⁹. Ese mismo día se remite la resolución al BOE para su publicación al día siguiente.

LOGISTA explica en un correo electrónico interno que la razón de que la publicación de precios en el BOE sea casi inmediata a la firma de la resolución del CMT se justifica en la necesidad de evitar disrupciones en el mercado⁹⁰: “*El hecho*

⁸⁸ Artículo 9 del Reglamento LOMT: “(...) Los fabricantes e importadores pondrán los precios en conocimiento, tanto del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria a los efectos prevenidos en la normativa reguladora de los Impuestos Especiales, como del Organismo autónomo Comisionado para el Mercado de Tabacos a efectos de su publicación, en el plazo máximo de un mes, en el “Boletín Oficial del Estado” para su publicidad y eficacia general” y artículo 4.2. LOMT: “(...) a efectos de su publicación, en el plazo máximo de un mes, en el “Boletín Oficial del Estado” para su publicidad y eficacia general”.

⁸⁹ Respuesta del CMT, de fecha 7 de febrero de 2018, sobre las fechas de recepción de solicitudes y de remisión para publicación en el BOE de las resoluciones de precios del CMT (folios 5822 a 5825).

⁹⁰ Es traducción libre del texto original “*The idea of sending prices so fast by the Comisionado is to avoid as much as possible the proliferation of rumours of prices changes in market and unnecessary speculative trade loading by the POS. Regarding your question of whether it’s interesting to Logista, my opinion is positive because the sooner prices are published from the time that the manufacturer takes the decision to change is best for everyone and avoids unnecessary disruption in the market*”. Correo electrónico remitido con fecha 1 de diciembre de 2014 por el Director de Cigarrillos y

de enviar los precios tan rápido por parte del Comisionado del Mercado de Tabacos es para evitar en la medida de lo posible la proliferación de rumores de cambios de precios y el innecesario comercio especulativo de productos por los puntos de venta. Con relación a vuestra pregunta de si resulta interesante para Logista, mi opinión es afirmativa porque cuanto antes se publiquen los precios desde el momento en que el fabricante decide cambiarlos es mejor para todos y evita disrupciones innecesarias en el mercado” (énfasis añadido).

Por su parte, el CMT confirma que, por motivos logísticos, comunica a los distribuidores la resolución sobre los nuevos precios en la víspera de la publicación de los precios en el BOE. En todo caso, esa comunicación se realiza, según señala el citado Organismo, tras haber remitido la resolución al BOE, a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, a la Secretaría de Estado de Economía y a la Secretaría de Estado de Hacienda⁹¹.

A continuación, los distribuidores lo ponen en conocimiento de los estancos⁹².

Los nuevos precios resultan de aplicación el mismo día en que se publican en el BOE. La normativa contempla como infracción muy grave, entre otras, la venta de labores del tabaco a precios distintos de los fijados legalmente (artículo 56.4 Reglamento LOMT).

Cabe indicar que todas las semanas, generalmente los sábados, se publican resoluciones del CMT con nuevos precios de distintas labores de tabaco⁹³.

Aproximadamente una o dos veces al año, todos los fabricantes hacen una subida generalizada de los precios de sus marcas, como puede apreciarse en el cuadro

Picaduras de LOGISTA a dos personas de LOGISTA FRANCE, con el asunto “tobacco price”.(folios 4314 a 4315).

⁹¹ Información aportada por CMT en contestación a requerimiento de información realizado por la Dirección de Competencia (folio 967).

⁹² Véanse los folios 1063, 1067 y 1152.

⁹³ Información recabada en la inspección llevada a cabo en la sede de ALTADIS: Incluso se llega a hablar de la *regla del sábado* en un correo interno de ALTADIS de 26 de diciembre de 2012, “*el argumento oficial [CMT] fue que querían mantener la regla del sábado, estamos tratando de convencerles con argumentos razonables para que firmen la carta mañana, pero en cualquier caso los precios serán publicados, con toda seguridad, el sábado 29*”. Es traducción libre del texto original: “*the official argument was that they want to keep the Saturday rule, we are trying to convince them with rational arguments to sign the letter tomorrow, but in any case on Saturday the 29th the prices will be published, this for sure. Politically they want the new prices will be closer to the tax changes which come into force in 2013*” (folio 2739).

siguiente elaborado por la DC, donde se resumen los movimientos de precios de las cajetillas de cigarrillos desde 2009.

Movimientos generalizados de precios	
Fecha	Subida media
<i>Enero 2009</i>	+ 15 cts
<i>Junio 2009</i>	+ 35 cts
<i>Enero 2010</i>	+ 15 cts
<i>Junio 2010</i>	+ 25 cts
<i>Diciembre 2010</i>	+ 35 cts
<i>Verano 2011</i>	+ 10 cts
<i>Abril 2012</i>	+ 25 cts
<i>Enero 2013</i>	+ 15 cts
<i>Julio 2013</i>	+ 10 cts
<i>Junio 2014</i>	+ 5 cts
<i>Enero 2015</i>	+ 5 cts
<i>Diciembre 2016</i>	+ 10 cts

2.2. Intercambios de información de estrategias comerciales sobre los precios entre los fabricantes de cigarrillos y a través de terceros

Hechos previos

Aunque la Dirección de Competencia circunscribe la infracción por intercambio de información sobre los precios a diciembre de 2016, incluye en los hechos acreditados algunos hechos previos relacionados con determinados momentos temporales en los que se produjo un movimiento generalizado de precios, que hacen referencia a comunicaciones bilaterales entre los principales fabricantes de cigarrillos y LOGISTA. Tales hechos vienen recogidos en los apartados (141) a (156) del PCH.

No obstante, la Dirección de Competencia considera que no puede concluirse que dichas comunicaciones constituyan un intercambio de información contrario al derecho de la competencia por disponerse de información incompleta y fragmentada que impide concluir para estos hechos la existencia de un plan conjunto continuado.

Diciembre 2016

El día 3 de diciembre de 2016 se publicó en el BOE el Real Decreto-ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social. Esta norma supuso una nueva reforma de la fiscalidad aplicable al tabaco.

Tras la publicación de la citada norma, se produjeron los siguientes acontecimientos:

- *La subida de precios por parte de PHILIP MORRIS y JTI*

Dos días más tarde de la publicación en el BOE de la nueva fiscalidad, el 5 de diciembre de 2016, LOGISTA informó a ALTADIS sobre una próxima subida de precios de los fabricantes de cigarrillos en 10 céntimos⁹⁴: *“Hola () como te adelanté el Sábado, mañana habrá publicación en el BOE de algunos pequeños fabricantes, pero no todos. En el caso de cigarrillos, están subiendo en general 10 cts todos están por debajo del MCT.”*

El 7 de diciembre de 2016, el CMT resolvió una subida de 20 céntimos de algunas marcas de JTI, que se publicó en el BOE dos días después⁹⁵.

Unos días más tarde, el 16 de diciembre de 2016, se publicó en el BOE una subida generalizada de 10 céntimos de las marcas de PHILIP MORRIS⁹⁶.

El mismo día 16 de diciembre de 2016, JTI presentó a las 10:59h en el CMT una subida de 10 céntimos de los cigarrillos y una bajada de 10 céntimos de aquellas marcas de tabaco cuyo precio había subido en 20 céntimos con anterioridad⁹⁷. Una vez presentada la notificación al CMT, la secuencia de comunicaciones fue la siguiente:

⁹⁴ Conversación de whatsapp entre el Director General de Cigarrillos y Picaduras de LOGISTA y la Directiva de Asuntos Corporativos y legales de ALTADIS, copiada en la inspección de LOGISTA (folio 4422).

⁹⁵ Benson & Hedges Gold, Coronas Black Soft, Winston Xstyle Gold y Winston Xstyle Red.

⁹⁶ Información aportada por CMT en contestación a requerimiento de información realizado por la Dirección de Competencia (folios 6697 a 6699).

⁹⁷ Información aportada por CMT en contestación a requerimiento de información realizado por la Dirección de Competencia, Fax remitido por JTI al CMT a las 10:59h. anunciando nuevos precios para las siguientes marcas: Benson & Hedges Gold, Winston Xstyle Gold y Winston Xstyle Red (folios 6525 y 6526).

- A las 11:30h el CMT envió su resolución a LOGISTA⁹⁸.
- A las 11:52h, el CMT envió la resolución a la Oficialía Mayor del Ministerio de Hacienda y Función Pública en aras de su publicación en el Boletín Oficial del Estado el día 17 de diciembre de 2016⁹⁹.
- A las 12:17h LOGISTA informó a ALTADIS sobre la subida de precios que iba a llevar a cabo JTI¹⁰⁰: *"Mañana va JTI; Luego te llamo; Si por favor; Hola, Hola por favor nos mandan el Excel!!"*.
- A las 15:14h LOGISTA comunicó a BRITISH AMERICAN TOBACCO lo siguiente¹⁰¹: *"Querido [nombre], continuando con el movimiento de ayer, mañana JTI aumenta sus precios en línea con PM"*.

Finalmente dicha información sobre JTI se publicó en el BOE el 17 de diciembre de 2016¹⁰².

Es de destacar en relación con estos hechos la existencia de unas anotaciones manuscritas de fecha 15 de diciembre de 2016 (un día antes de la publicación en el BOE de las modificaciones de precios de PHILIP MORRIS y JTI) recogidas en un cuaderno de mesa del Presidente de ALTADIS en las que se dice lo siguiente: *"P.P." "+10c todo", "JTI. Todo 10c. Deshaciendo 20 → 10"* ¹⁰³.

⁹⁸ Información aportada por CMT en contestación a requerimiento de información realizado por la Dirección de Competencia, fax enviado por CMT a LOGISTA con fecha 16 de diciembre de 2016 a las 11:30 (folio 6534).

⁹⁹ Información aportada por el CMT en contestación a requerimiento de Información realizado por la Dirección de Competencia, fax remitido por el CMT a las 11:52H. a la Oficialía Mayor del Ministerio de Hacienda y Función Pública (folio 6528).

¹⁰⁰ Conversación de whatsapp entre el Director General de Cigarrillos y Picaduras de LOGISTA y la Directiva de Asuntos Corporativos y legales de ALTADIS copiada en la inspección de LOGISTA (folio 4422).

¹⁰¹ Es traducción libre del texto original *"Dear [nombre], continuing with yesterday's movement, tomorrow JTI increases prices in line with PM"*. Correo electrónico remitido con fecha 16 de diciembre de 2016 (15.14 h) por el Director General Tabaco y Productos de Conveniencia de LOGISTA a BAT. Copiado en la inspección de LOGISTA (folio 7785).

¹⁰² Información pública disponible en la página Web : <https://www.boe.es/boe/dias/2016/12/16/>

¹⁰³ Anotaciones manuscritas recabadas en papel en inspección llevaba a cabo en la sede de ALTADIS (folios 7812 a 7813).

- La subida de precios por parte de ALTADIS

Con fecha 19 de diciembre de 2016, ALTADIS informó a LOGISTA sobre su futura subida del precio del tabaco¹⁰⁴: “... el motivo por el que no vamos mañana es porque querían chequear todo bien. Así que iremos el miércoles”.

A las 13:01h del día 19 de diciembre de 2016, ALTADIS presentó al CMT su nueva propuesta de precios, con una subida generalizada de 10 céntimos en sus marcas, a excepción del Fortuna blando que mantuvo su precio invariable¹⁰⁵.

Una vez presentada la notificación al CMT la secuencia de comunicaciones fue la siguiente:

- A las 11:10h el CMT remitió un correo electrónico a LOGISTA informándole sobre la subida de precios¹⁰⁶.
- A las 12:15h el CMT remitió por fax a LOGISTA la Resolución de fecha 19 de diciembre de 2016 firmada por el Presidente del CMT¹⁰⁷. El documento recabado en LOGISTA tiene la anotación manuscrita “No se publica” y, efectivamente, esta Resolución no fue publicada en el BOE.

En su lugar, el miércoles 21 de diciembre de 2016, se publicó en el BOE una Resolución de 20 de diciembre de 2016, en la que se subió toda la gama de cigarrillos 10 céntimos salvo el Fortuna Blando que permaneció invariable en 4,45 €¹⁰⁸.

- La estrategia de PHILIPS MORRIS tras los movimientos de precios de ALTADIS

¹⁰⁴ Conversación de whatsapp entre el Director General de Cigarrillos y Picaduras de LOGISTA y la Directiva de Asuntos Corporativos y legales de ALTADIS copiada en la inspección de LOGISTA (folio 4423).

¹⁰⁵ Información aportada por el CMT en contestación al requerimiento de información realizado por la Dirección de Competencia. Fax enviado al CMT por la Directora de Asuntos Corporativos y Legales de ALTADIS, con fecha 19 de diciembre de 2016 a las 13:01 (folios 6110 y 6115)

¹⁰⁶ Información recabada en la inspección llevada a cabo en la sede de LOGISTA. (folios 7786 a 7790).

¹⁰⁷ Información recabada en la inspección llevada a cabo en la sede de LOGISTA, Fax remitido por el CMT a LOGISTA con fecha 19 de diciembre de 2016 (12:15 h), recabado del despacho del Director General Tabaco y Productos de Conveniencia (folios 4098 y 4101).

¹⁰⁸ Información pública disponible en la página Web: <https://www.boe.es/boe/dias/2016/12/21/>

Unas dos horas después de la publicación en el BOE de la Resolución de los nuevos precios de ALTADIS, PHILIP MORRIS presentó en el CMT una bajada de los precios de sus marcas Marlboro y Chesterfield¹⁰⁹.

Seguidamente, el CMT adelantó por fax a LOGISTA la Resolución de fecha 21 de diciembre de 2016 con los nuevos precios de PHILIP MORRIS rebajados 10 céntimos¹¹⁰. El documento recabado en LOGISTA contiene de nuevo la anotación manuscrita “*No se publica*” y efectivamente, esta Resolución tampoco fue publicada en el BOE (fue sustituida por otra de fecha 23 de diciembre de 2018).

A las 11:18h del día 21 de diciembre de 2016, el Director General de España de PHILIP MORRIS remitió al Presidente de la Región de Europa de la misma empresa un correo electrónico en el que le indica lo siguiente¹¹¹: “*Hola (Presidente de región de Europa de PMI), estamos preparando el terreno en la prensa. Carta ya enviada. Adjunto te mando el material que IMPERIAL mandó a los estancos mostrando que éstos lo tenían preparado. Te tendré informado. Saludos*”.

Ese mismo día un teletipo de la Agencia de Noticias Europa Press de 21 de diciembre de 2016 anunciaba lo siguiente¹¹²:

“Philip Morris bajará 10 céntimos Marlboro y Chesterfield si Altadis no encarece Fortuna blando.

Philip Morris reaccionará de forma “inminente” al último movimiento de Altadis con la reducción de 10 céntimos en todas las categorías de sus marcas Marlboro y Chesterfield si la tabaquera propiedad de Imperial Tobacco no encarece el precio de la cajetilla blanca de Fortuna, que ha decidido mantener en 4.45 euros, según

¹⁰⁹ Información aportada por el CMT en contestación a requerimiento de información realizado por la Dirección de Competencia: Registro de entrada en el CMT a las 10.45 horas (folio 6705 y 6706).

¹¹⁰ Información recabada en la inspección llevada a cabo en la sede de LOGISTA. Fax de fecha 21 de diciembre de 2016 (13:55h) remitido por el CMT, recabado del despacho del Director General Tabaco y Productos de Conveniencia de LOGISTA (folios 3984 a 3986).

¹¹¹ Información recabada en la inspección realizada en la sede de PMS. Es traducción libre del texto original “*we are setting the scene in media. Letter already sent. Attached also material that Imperial sent to tobacconist showing that they had this ready! I will keep you updated*” Correo electrónico remitido por el Director General de PMS al President, EU región de PMS, el 21 de diciembre de 2016 (11.18 horas), copiada en la inspección de PMS (folio 5643).

¹¹² Correo electrónico interno remitido con fecha 21 de diciembre de 2016 por la Directora de Asuntos Corporativos y Legales, ALTADIS) a con el asunto « AlertaEP - Philip Morris bajará 10 céntimos Marlboro y Chesterfield si Altadis no encarece Fortuna blando » recabado en la inspección realizada en la sede de ALTADIS (folio 7745 y 7746).

han informado a Europa Press fuentes del sector. De esta forma la multinacional estadounidense podría dar marcha atrás y bajar 10 céntimos el precio de sus paquetes de Marlboro y Chesterfield casi una semana después de elevar de forma lineal en la misma cuantía el precio de dichas marcas, hasta situarlas en 4,95 euros y 4,65 euros, respectivamente”.

En dicho teletipo la Agencia de Noticias Europa Press también afirmaba que la amenaza de PHILIP MORRIS de bajar 10 céntimos los paquetes de sus marcas Marlboro y Chesterfield se activaría en el supuesto de que ALTADIS no encareciera el precio de su cajetilla blanda de FORTUNA¹¹³: *“No obstante, la decisión de la compañía estadounidense estaría condicionada a que ALTADIS no encarezca el precio de su cajetilla blanda de Fortuna. GUERRA DE PRECIOS. Las mismas fuentes han explicado que la posible bajada del precio de las marcas de Phillip Morris se trataría de una “reacción forzada” por la decisión de Altadis de no subir el precio de Fortuna en su categoría blanda, que sigue costando 4,45 euros, lo que ha desatado ya “una guerra de precios” en el sector, tras la última subida de impuestos a las labores del tabaco aprobada por el Gobierno. (..) “*

ALTADIS atribuyó a PHILIP MORRIS la autoría de estas noticias en varios correos electrónicos internos¹¹⁴: *“Supongo que ya lo habréis visto pero por si acaso... esto tiene pinta de haberlo movido la competencia en los medios no? Efectivamente, gracias. Tienes razón en las dos cosas: lo hemos visto y lo ha movido PM. Lo de El Economista también”.*

Ese mismo día 21 de diciembre, el Director Jurídico de ALTADIS propuso contactar con “D” (presuntamente Dominic Brisby, Director División Europa Central y del Sur, y África de IMPERIAL TOBACCO-ALTADIS) para que reconsiderase la posición de ALTADIS y no subiera la cajetilla blanda de Fortuna¹¹⁵:

¹¹³Correo electrónico remitido con fecha 21 de diciembre de 2016 (17:45) por el Director de Comunicación de ALTADIS a una serie de directivos de ALTADIS con el asunto “AlertaEP - Philip Morris bajará 10 céntimos Marlboro y Chesterfield si Altadis no encarece Fortuna blando”, recabado en la inspección realizada en la sede de ALTADIS (folio 7745 y 7746).

¹¹⁴Correo electrónico remitido con fecha 21 de diciembre de 2016 por el Director de Comunicación de ALTADIS en respuesta al anterior, recabado en la inspección llevada a cabo en la sede de ALTADIS (folio 2883).

¹¹⁵ Correo remitido con fecha 21 de diciembre de 2016 por el Director Jurídico de ALTADIS a la Directora de Asuntos Corporativos y Legales de ALTADIS, al Presidente y al Director de Comunicación, con el asunto “AlertaEP - Philip Morris bajará 10 céntimos Marlboro y Chesterfield si Altadis no encarece Fortuna blando”, recabado en la inspección realizada en la sede de ALTADIS (folio 7745 y 7746).

“Si queréis lo hablamos mañana pero se trata de intentar que D reconsidere su posición porque si hacemos lo que nos pide podemos tener problemas. Sugiero intentarlo aunque sea por whatsapp y que no quede por nuestra parte. Solo eso pero nada menos que eso. Podemos hablarlo mañana para tratar de explicárselo también pero pidamos hablar con él antes de hacer nada”.

El día 22 de diciembre de 2016, continuaron las noticias en prensa en términos similares¹¹⁶: “PM al ataque: si fortuna no sube, Marlboro y Chesterfield bajará” y en Cinco Días “PM amenaza a aliados con abrir una guerra de precios”.

Ese mismo día ALTADIS remitió a PHILIP MORRIS un burofax rechazando tomar en cuenta el mensaje contenido en las noticias de prensa¹¹⁷: “les rogamos tomen nota de nuestro rechazo más absoluto a entrar a valorar o tomar en cuenta en modo alguno este tipo de mensajes que –insistimos– rechazamos de plano, toda vez que la política de precios de Altadis viene determinada por, y atiende únicamente a, criterios de mercado valorados y aplicados unilateralmente por esta compañía y que en ningún caso hacemos públicos y compartimos con terceros”.

Tal como se había anunciado en la prensa, con fecha 23 de diciembre de 2016, el CMT resolvió la bajada de 10 céntimos de las marcas de cigarrillos de PHILIP MORRIS (Marlboro y Chesterfield), que se publicó en el BOE el 24 de diciembre de 2016¹¹⁸.

- La subida de precios de ALTADIS del Fortuna Blando y la reacción de PHILIP MORRIS

Una semana después, el 27 de diciembre de 2016, ALTADIS presentó en el CMT una subida de 10 céntimos de la marca de cigarrillos Fortuna Blando de ALTADIS, que se publicó en el BOE el 28 de diciembre de 2016.

Dicho movimiento de ALTADIS fue anticipado por la Directiva de Asuntos Corporativos y legales de ALTADIS al Director General de Cigarrillos y Picadura de

¹¹⁶ Información recabada en la inspección llevada a cabo en la sede de PMS, noticias de prensa difundidas en correo interno de PMS (folio 3222).

¹¹⁷ Información aportada por ALTADIS en escrito de alegaciones al PCH enviado el 7 de junio 2016 (folios 11620 a 11623).

¹¹⁸ Información aportada por CMT en contestación a requerimiento de información realizado por la Dirección de Competencia (folios 6707 a 6710).

LOGISTA¹¹⁹: *"Solo decirte que salimos mañana. Mi jefe está llamando al tuyo para decírselo. Aunque me lo han confirmado personalmente, por favor para total tranquilidad, cuando lo recibas me avisas?"*.

Apenas dos horas tras la publicación en el BOE del nuevo precio del Fortuna blando, PHILIP MORRIS presentó en el CMT una subida de 10 céntimos de las marcas Chesterfield y Marlboro, que se publicó en el BOE el 29 de diciembre de 2016¹²⁰.

El Presidente de ALTADIS valoró positivamente este movimiento de PHILIP MORRIS en un correo electrónico interno de 29 de diciembre de 2016¹²¹: *"Hoy se publicó oficialmente la subida de 10 céntimos de PMI. El peligro pasó"*.

- La subida de precios de BRITISH AMERICAN TOBACCO

El lunes 2 de enero de 2017, el CMT resolvió una subida de 10 céntimos de los cigarrillos de BRITISH AMERICAN TOBACCO, que se publicó en el BOE el 3 de enero de 2017¹²².

Tres días antes de la Resolución del CMT de la subida de precios de cigarrillos de BRITISH AMERICAN TOBACCO, el 30 de diciembre de 2016, el Director General de Cigarrillos y Picaduras de LOGISTA informó a la Directiva de Asuntos Corporativos y legales de ALTADIS sobre la próxima subida de precios que iba a comunicar BRITISH AMERICAN TOBACCO¹²³: *"informarte que Bat "pretendía" presentar la carta hoy, pero no ha podido llegar a tiempo por los procedimientos de aprobación. Por lo que la presentarán el lunes. Ya hablamos"*.

¹¹⁹ Conversación de whatsapp entre el Director General de Cigarrillos y Picaduras de LOGISTA y la Directiva de Asuntos Corporativos y legales de ALTADIS, copiada en la inspección de LOGISTA (folio 4423).

¹²⁰ Registro de entrada en el CMT a las 9.33 horas (folio 6712).

¹²¹ Es traducción libre del texto original *"Today officially published PMI 10c price increase. The risk is over"*. Correo electrónico interno de Altadis remitido con fecha 29 de diciembre de 2016 (9:13 h) por el Presidente a personal directivo, copiado durante la inspección en ALTADIS (folio 7836).

¹²² Información aportada por el CMT en contestación a requerimiento de información realizado por la Dirección de Competencia (folios 6288 a 6309).

¹²³ Conversación de whatsapp entre el Director General de Cigarrillos y Picaduras de LOGISTA y la Directiva de Asuntos Corporativos y legales de ALTADIS, copiada en la inspección de LOGISTA (folios 2898 y 4423).

V. 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 (LCNMC), 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 Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“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 NORMATIVA APLICABLE

La Sala de Competencia del Consejo debe resolver en este expediente, sobre la base de la instrucción realizada por la Dirección de Competencia que se recoge en el informe y propuesta de resolución, si las prácticas investigadas son constitutivas de infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE.

En lo relativo a la normativa aplicable, las conductas recogidas en los hechos acreditados se han desarrollado durante la vigencia de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. En atención a ello, la Ley 15/2007 es la norma aplicable al presente procedimiento sancionador.

Por otro lado, esta Sala se muestra favorable a la aplicación también del artículo 101 del TFUE. Como ya se ha señalado anteriormente, el alcance de estas conductas se ha extendido a todo el territorio nacional y teniendo en cuenta la naturaleza y características de las conductas analizadas, así como las empresas que han participado en las mismas, los principales fabricantes de cigarrillos en España y el principal distribuidor, éstas son susceptibles de tener un efecto apreciable sobre el comercio en el interior de la Unión Europea, constituyendo estas prácticas una potencial desventaja competitiva para entrantes en el mercado, obstaculizando de este modo la interpenetración económica perseguida por el TFUE.

TERCERO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

Una vez instruido el procedimiento sancionador, la Dirección de Competencia ha propuesto a esta Sala que se declare la existencia de las siguientes infracciones:

- a. Una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE consistente en un intercambio de información comercial sensible sobre las ventas de cigarrillos, que se habría llevado a cabo desde el año 2008 hasta, al menos, el año 2017. La Dirección de Competencia considera responsables de la citada infracción a las empresas PHILIP MORRIS SPAIN, S.L., ALTADIS S.A., JT INTERNATIONAL IBERIA S.L.U., JT INTERNATIONAL, S.A., y COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A.
- b. Una infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE consistente en un intercambio de información comercial sensible relativa a las políticas comerciales de precios, que se habría llevado a cabo en diciembre de 2016. La Dirección de Competencia considera responsables de la citada infracción a las empresas BRITISH AMERICAN TOBACCO ESPAÑA S.A., PHILIP MORRIS SPAIN, S.L., ALTADIS S.A., y COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A.

La Dirección de Competencia propone a esta Sala que califique las infracciones como muy graves, de conformidad con lo previsto en el artículo 62.4 de la LDC, y que imponga a las empresas responsables las siguientes sanciones:

Empresas infractoras	Información ventas	Información precios
PMS	15.628.888	3.256.018
ALTADIS	11.328.696	1.652.102
LOGISTA	19.475.000	3.000.000
BAT		420.101
JTI	10.000.000	

La citada Dirección solicita que se proceda al archivo provisional de las actuaciones seguidas contra JT INTERNATIONAL, S.A., empresa suiza propiedad del Grupo JTI, por haber resultado imposible practicarle la notificación de su incoación a través de la oportuna vía diplomática.

Asimismo, el órgano instructor propone que se declare prescrita la participación de BAT en la infracción consistente en el intercambio de información sobre volúmenes de ventas.

CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

4.1. En relación con el sistema de acceso a la información sobre ventas de terceros (datos Sell-in)

A) Valoración de los hechos

LOGISTA es el principal distribuidor de cigarrillos en España. Como ya se ha señalado en la presente resolución, el 99% de las ventas de cigarrillos a nivel mayorista se realizan a través de LOGISTA, siendo, además, el único distribuidor de los principales fabricantes de tabaco a nivel nacional (PMS, ALTADIS, BAT y JTI).

Esta posición de LOGISTA en el mercado supone para la distribuidora el acceso a la práctica totalidad de los datos de ventas de todos los fabricantes a nivel nacional y, en particular, de los datos de los principales fabricantes de tabaco, por lo que representa una fuente de información de indudable valor y de gran interés estratégico para estos últimos.

En este contexto, los hechos acreditados en esta resolución ponen de manifiesto que LOGISTA ha estado facilitando a todos los fabricantes de tabaco con los que tiene suscrito un contrato de distribución, información diaria y gratuita sobre ventas a los estancos de todas las marcas de todos los fabricantes a los que distribuye, desglosadas por las provincias de la Península y Baleares (los denominados datos “sell-in”).

Se trata de una información que difiere sustancialmente de la que periódicamente publica el CMT, por lo que no es posible considerar que estemos ante el acceso a una información pública.

Como ya se ha señalado en esta resolución, el CMT publica información agregada sobre ventas provinciales con carácter mensual por lo que se trata de información sobre ventas pasadas. Asimismo, el grado de detalle de la información publicada por el regulador es inferior a la proporcionada por LOGISTA a todos los fabricantes que distribuyen sus productos a través de ella¹²⁴. En efecto, la información

¹²⁴ Véase, por ejemplo, para el año 2017, la información publicada por el CMT: <http://www.hacienda.gob.es/ca-ES/Areas%20Tematicas/CMTabacos/Paginas/EstadisticaCMT2017.aspx>

publicada en la página web del CMT no está desagregada dentro de cada provincia (se da información de las ventas totales en cada provincia, pero con la máxima agregación, es decir, sin distinguir por marcas o fabricantes) y además no cubre todas las referencias del mercado, sino que en muchos casos las agrega por marca, algo especialmente notorio para aquéllas con menor cuota de mercado¹²⁵.

La información facilitada por LOGISTA es, por tanto, información estratégica de las empresas que, en un entorno competitivo, no se pone a disposición del resto de competidores por la ventaja que contar con ella les otorga de cara a posicionarse en el mercado.

Las empresas fabricantes consintieron (a excepción de BAT a partir del año 2012) que LOGISTA pusiera a disposición del resto de empresas competidoras los datos de ventas de sus productos, sin que conste el rechazo por parte de las empresas, a excepción de BAT, a esta práctica consistente en el intercambio de información sobre un elemento clave en la política comercial de las empresas como son los datos de volumen de ventas a los estancos.

Las empresas tuvieron, además, un papel activo en el acceso a la información de los competidores ya que son los propios fabricantes los que deben acceder a la plataforma de LOGISTA para proceder a la descarga de la información estratégica. La información es depositada por LOGISTA en una carpeta de su servidor de intercambio de ficheros al que los fabricantes se conectan para recoger la información. LOGISTA facilita un usuario a cada fabricante para el acceso a la información Sell-in. La propia distribuidora ha señalado que se trata de un único fichero que LOGISTA pone a disposición de todos los fabricantes.

El acceso por parte de las empresas a la citada información se ha hecho efectivo a lo largo de todos estos años, tal como han reconocido PMS (folio 8455), JTI (folio 8137) y BAT (folio 8414).

Se trata, además, de un sistema de intercambio de información basado en la reciprocidad mutua entre las empresas. Los fabricantes consienten el acceso de terceros a la información sobre sus volúmenes de ventas siempre y cuando estos

¹²⁵ A modo de ejemplo, mientras que en el documento Excel del CMT “Ranking de cigarrillos” se aporta información sobre las ventas en euros y unidades de “AUSTIN”, en los datos proporcionados por LOGISTA (véase el folio 8474), la información sobre dicha marca viene desagregada en las siguientes referencias: “AUSTIN BLUE CS CP20”, “AUSTIN BLUE TPD”, “AUSTIN MENTHOL CS CP20”, “AUSTIN MENTHOL TPD”, “AUSTIN RED”, “AUSTIN RED100’S”, “AUSTIN RED 100’S TPD”, “AUSTIN RED CA”, “AUSTIN RED CA TPD”, “AUSTIN RED CS CP20” y “AUSTIN RED TPD”.

terceros permitan a su vez el acceso a su propia información en las mismas condiciones.

Esta reciprocidad exigida entre las empresas se pone de manifiesto en los hechos que describen la salida de BAT del sistema de acceso a la información ideado por LOGISTA. En febrero de 2012 BAT solicitó a LOGISTA dejar de recibir datos desglosados de sus competidores y que sus propios datos dejaran de ser distribuidos a sus competidores. Esta solicitud fue atendida en enero de 2013.

A partir de ese momento, ALTADIS se preocupó de que fueran aplicadas las cláusulas de reciprocidad, es decir, de que BAT dejara de recibir los datos de ALTADIS¹²⁶: *“Como sabéis, BAT ha decidido no permitir a LOGISTA que distribuyan sus datos al resto de fabricantes (...) Supongo que tendremos una cláusula de reciprocidad en el contrato (...) Y por favor dejar claro en vuestras comunicaciones a Logista que no aceptaremos que BAT reciba de NINGUNA manera (ni con retraso, ni histórico, ni nada) nuestras ventas”*. La citada entidad insistió en ello en un correo de 23 de noviembre de 2012¹²⁷ *“me gustaría que Logista firmará una que garantice [SIC] que BAT no obtendrá nuestros datos”*.

Desde un punto de vista de la estrategia de las empresas en el mercado, el valor de la información a la que han accedido los fabricantes es indudable. Se trata de información desagregada (por marcas y por provincias), intercambiada con la máxima frecuencia posible (diaria) y con un grado de actualidad máximo (ventas diarias obtenidas unas pocas horas después de haberse producido) que afecta a todos los productos de todos los fabricantes¹²⁸ en todo el territorio, por lo que su alcance es también máximo¹²⁹.

La utilidad de esta información para los fabricantes queda reflejada en varios correos electrónicos internos de ALTADIS: *“Lo discutiré con ... mañana cuando podamos ver las ventas diarias para comprobar si se está cargando y nuestra cuota*

¹²⁶ Correo electrónico remitido con fecha 22 de noviembre de 2012 por D. el Director Inteligencia Comercial y Estrategia de ALTADIS a varios destinatarios, con el asunto “Ventas Logista – BAT”. Aportado por ALTADIS el 10 de mayo de 2018 en contestación a requerimiento de información de la DC (folio 7819).

¹²⁷ Correo electrónico remitido con fecha con fecha 23 de noviembre de 2012, aportado por ALTADIS en su contestación a requerimiento de información de la DC (7816 a 7817).

¹²⁸ Desde 2012 BAT sólo recibiría desglosada la información sobre sus propios productos.

¹²⁹ Desde 2013, excluidas las de BAT, si bien como se ha visto, es posible deducirlas.

*de mercado*¹³⁰ (folio 7822); “Tenemos las ventas por estanco de BAT y por marca. Teniendo en cuenta que ellos no permiten ni saberlas por provincia considero que es muy relevante. Por favor decide si se lo envías a BI [business intelligence], en cualquier caso, lo ideal para salvaguardar la fuente de información es no relevar [SIC] el origen. Como verás las provincias de la Región Este de ellos no coincide con la nuestra porque evidentemente el peso de Levante para sus marcas es muy bajo y porque por el contrario en el norte de España ellos tienen mucha relevancia”, “verás la FF.VV. actual de BAT en estas provincias concretas pero se puede extrapolar [SIC] la de España amén de distinguir el % de los estancos visitados [SIC] con el % de estancos a los que llegan por teléfono”¹³¹ (folio 7747); “Ahora entiendo las prisas de los managers de PMI por cerrar pedidos antes del cierre!!!!” (folio 7823).

Asimismo, en el informe interno recabado en LOGISTA titulado “Borrador de memoria sobre los aspectos de la ley de la competencia relativos a los acuerdos de intercambio de información entre Logista y empresas de tabaco”¹³² se llega a reconocer que esta información permite a los fabricantes de tabaco “un conocimiento preciso y detallado del mercado de venta al por menor, es decir, las ventas de labores de tabaco al consumidor” (folios 4016 a 4036).

De hecho, se comprueba la importancia y la utilidad de esta información en que los fabricantes acceden a la información y diseñan sistemas para el tratamiento de los datos recibidos, elaboran informes diarios que distribuyen internamente, hacen uso de los datos internamente¹³³ y hacen un estrecho seguimiento de las cuotas de mercado de todos los productos.

¹³⁰ Es traducción libre del texto original “I will discuss with ... [t]mr when we can also look at daily sales to see if loading is happening and our fare share”. Correo electrónico interno de ALTADIS remitido con fecha 14 de mayo de 2013 (0.55h) por el Director de Ventas, al Director Estrategia e Inteligencia Financiera.

¹³¹ Correo electrónico interno de ALTADIS remitido con fecha 16 de marzo de 2014, por el Director regional de ventas al Director de Ventas, con el asunto INFORMACIÓN RELEVANTE BAT.

¹³² Informe recabado del despacho del Director General Tabaco y Productos de Conveniencia de LOGISTA (folios 4016 a 4036).

¹³³ Como ejemplo, en un correo interno en ALTADIS se adjuntan unas tablas con información cuya fuente se dice que es LOGISTA (folio 7826) y en una elaboración de escenarios efectuada por ALTADIS se utilizan los datos de LOGISTA (folio 2758).

B) Antijuridicidad de la conducta

El intercambio de información sobre ventas analizado en este expediente constituye una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE en atención a los efectos que han provocado en el mercado la participación de los 4 principales fabricantes en la conducta.

Aunque han participado varios fabricantes en el intercambio de información sobre ventas, los efectos de las prácticas en el mercado se producen por la información intercambiada por parte de los cuatro principales fabricantes de cigarrillos, PMS, ALTADIS, JTI y BAT, con una cuota conjunta cercana al 95%. La información intercambiada por parte de estos cuatro fabricantes de cigarrillos, a través de LOGISTA, ha tenido efectos relevantes en el mercado.

Ambos preceptos citados prohíben las conductas colusorias que tengan por objeto y/o efecto impedir, restringir o falsear la competencia.

Las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal¹³⁴ consideran que cualquier toma de contacto directa o indirecta entre competidores que tenga por objeto o efecto bien influir en la conducta en el mercado de un competidor real o potencial, bien desvelar a dicho competidor la conducta que se haya decidido adoptar o se tenga la intención de adoptar en el mercado, facilitan un resultado colusorio.

Esta misma consideración sobre la afectación negativa a la competencia que provoca la falta de autonomía de las empresas para participar libremente en el mercado es aceptada igualmente por la jurisprudencia, que establece que la coordinación y cooperación constitutivos de una práctica concertada deben interpretarse a luz de la lógica inherente a las disposiciones sobre competencia según la cual todo operador económico debe determinar autónomamente la política que pretende seguir en el mercado.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal General de 14 de marzo de 2013 (asunto T-588/08 Dole Food y Dole Germany contra la Comisión), en relación con una conducta de intercambio de información sensible señaló que *“si bien es cierto que esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o que prevén que seguirán sus competidores, sí se opone sin embargo de modo riguroso a toda toma de contacto directo o indirecto entre dichos operadores por la que se pretenda influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o*

¹³⁴ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114%2804%29&from=ES>.

desvelar a tal competidor el comportamiento que uno mismo va a adoptar en el mercado o que se pretende adoptar en él, si dichos contactos tienen por objeto o efecto abocar a condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones normales del mercado de que se trate, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o de los servicios prestados, el tamaño y número de las empresas y el volumen de dicho mercado (véanse, en este sentido, las sentencias Suiker Unie y otros/Comisión, citada en el apartado 56 supra, apartado 174, Züchner, citada en el apartado 60 supra, apartado 14; Deere/Comisión, citada en el apartado 60 supra, apartado 87, y T-Mobile Netherlands y otros, citada en el apartado 56 supra, apartado 33).

De ello resulta que el intercambio de información entre competidores puede ser contrario a las normas sobre competencia en la medida en que debilita o suprime el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado de que se trata, con la consecuencia de que restringe la competencia entre las empresas (sentencias del Tribunal de Justicia Deere/Comisión, citada en el apartado 60 supra, apartado 90; de 2 de octubre de 2003, Thyssen Stahl/Comisión, C-194/99 P, Rec. p. I-10821, apartado 81, y T-Mobile Netherlands y otros, citada en el apartado 56 supra, apartado 35)".

Existen precedentes de la Unión Europea que han declarado el tipo de intercambio de información analizado en esta resolución como una infracción por efectos al considerar que elimina o reduce la incertidumbre en el mercado y desemboca en una menor competencia entre las empresas que participan de los acuerdos. La Decisión de la Comisión Europea en el asunto UK Agricultural Tractor Registration Exchange de fecha 17 de febrero de 1992 explica lo que cabe esperar cuando se producen este tipo de conductas en mercados con elevada concentración y transparencia. En la citada Decisión la Comisión señaló lo siguiente:

“En ausencia del Acuerdo, las empresas tendrían que competir en el mercado con cierto grado de incertidumbre en lo que se refiere al lugar, medida y medios precisos de las posibles ofensivas de sus rivales. Esta incertidumbre constituye un riesgo normal de una situación de competencia que, a su vez, fomenta una mayor competencia ya que las reacciones y las reducciones de precios no pueden limitarse al nivel estrictamente necesario para defender la posición adquirida. La incertidumbre llevaría a las empresas a competir con más intensidad que si conocieran exactamente la magnitud de la reacción necesaria para hacer frente a la competencia. Tendrían que ir más allá de una reacción mínima, por ejemplo, ofreciendo descuentos más favorables para facilitar la circulación de sus existencias u ofreciendo descuentos en un mayor número de productos o zonas. El Acuerdo disminuye la incertidumbre al

revelar las acciones y reacciones de todos sus miembros, que controlan el 87 % a 88 % del mercado del Reino Unido. De esta forma, el Acuerdo lleva necesariamente a impedir una competencia invisible”¹³⁵.

A partir de las consideraciones anteriores, el análisis de antijuridicidad de la conducta en este expediente debe concretar, en primer lugar, el tipo de información intercambiada por las empresas ya que no toda la información tiene un valor estratégico con entidad suficiente para considerar que su conocimiento por los competidores pueda generar efectos restrictivos de la competencia. Solamente a partir de este análisis y tras concluir que el tipo de información entra en la categoría de información cuya compartición puede generar una restricción grave de la competencia, cabrá valorar los efectos que este intercambio concreto han provocado o pueden llegar a provocar en el mercado de tabacos y, en particular, en el segmento relativo a la fabricación de cigarrillos.

a. Características de la información intercambiada

El intercambio entre competidores de datos estratégicos tiene más probabilidades de entrar en el ámbito de aplicación del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE que los intercambios de otros tipos de información.

Como ha señalado la jurisprudencia nacional y de la Unión Europea, el intercambio de este tipo de información puede permitir a las empresas participantes en él conocer la posición y estrategias comerciales de sus competidoras y de este modo alterar sensiblemente la competencia entre los operadores económicos en dicho mercado¹³⁶.

Dentro de la tipología de información estratégica cuyo intercambio entre competidores puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia, las Directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal reconocen expresamente que los datos sobre precios y cantidades suele ser la información más estratégica que existe en un mercado:

¹³⁵ Esta Decisión fue confirmada posteriormente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 28 de mayo de 1998 (asunto C-7/95 P).

¹³⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2009, relativa a la Resolución del TDC de 30 de marzo de 2004 y de 8 de junio de 2015, relativa a la Resolución de 2 de marzo de 2011 S/0086/08 Peluquería Profesional; de 25 de julio y 24 de octubre de 2018 S/0280/10 SUZUKI-HONDA ; Sentencias del TJCE de 28 de mayo de 1998 (asunto C-7/95 P, Deere/Comisión), 2 de octubre de 2003 (asunto C-194/99, Thyssen Stahl/Comisión) y 4 de junio de 2009 (asunto C-8/08, T-Mobile) y de 19 de marzo de 2015 (asunto C-286/13, Bananas).

"86. El intercambio entre competidores de datos estratégicos, es decir, datos que reducen la incertidumbre estratégica del mercado, tiene más probabilidades de entrar en el ámbito de aplicación del artículo 101 que los intercambios de otros tipos de información. El intercambio de datos estratégicos puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia ya que reduce la independencia de las partes para tomar decisiones disminuyendo sus incentivos para competir. La información estratégica puede referirse a precios (es decir, precios reales, descuentos, aumentos, reducciones o rebajas), listas de clientes, costes de producción, cantidades, volúmenes de negocios, ventas, capacidades, calidades, planes de comercialización, riesgos, inversiones, tecnologías y programas de I+D y los resultados de estos. Generalmente, la información relativa a precios y cantidades es la más estratégica, seguida por la información sobre los costes y la demanda."

Por tanto, el tipo de información intercambiada relativo a volúmenes de ventas de cigarrillos entra dentro del catálogo de información estratégica cuyo intercambio puede afectar gravemente a la competencia.

En el caso del mercado de tabacos, además, el hecho de que la normativa exija un nivel de transparencia ciertamente elevado en lo que se refiere al precio de los productos, permite considerar que la información sobre los datos de ventas de las empresas adquiere todavía mayor importancia y debería ser objeto de gran reserva por estas, toda vez que acaba siendo una información de gran valor al constituir una de las pocas variables estratégicas con la que pueden contar las empresas para competir en el mercado.

Otro de los aspectos a destacar sobre la información intercambiada por las empresas objeto de este expediente es que cumple las características recogidas en las mencionadas Directrices de la Comisión Europea para considerar que su difusión a competidores restringe la competencia (párrafos 86 a 94). Se trata de información: (i) estratégica (cantidades vendidas de todos los fabricantes); (ii) con máxima cobertura del mercado (en torno al 99% de las ventas del mercado); (iii) altamente desagregada (todas las referencias distribuidas por provincia); (iv) muy reciente; (v) intercambiada con la máxima frecuencia (diaria); (vi) no pública (para acceder a los datos hace falta introducir nombre de usuario y contraseña); y (vii) no accesible a todos los operadores del mercado (únicamente a los clientes de LOGISTA).

La Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea han analizado conductas que se asemejan a la que es objeto de valoración en este expediente, de cuyos pronunciamientos cabe inferir que el intercambio de este tipo de

información suele otorgar a las empresas que participan de él el privilegio de ver reducida la incertidumbre que hace posible que las empresas compitan en el mercado.¹³⁷ Este tipo de intercambio permite, por ejemplo, establecer con exactitud las posiciones en el mercado y los resultados de sus rivales y seguir constantemente las variaciones de éstas. También permite observar en el acto si ha habido un aumento de las ventas de un rival, conocer la zona en que se produce tal aumento, averiguar qué modelos contribuyen a dicho aumento y, finalmente, determinar si son fructíferas, y en qué medida lo son, las estrategias de precios u otras estrategias de comercialización de sus rivales. Por otro lado, el conocimiento tan exacto de las ventas de los rivales permite a las empresas reaccionar más rápidamente frente a una posible variación de las posiciones en el mercado.

En este caso ha quedado acreditado que LOGISTA ponía a disposición diaria y gratuitamente a todos los fabricantes a los que distribuía cigarrillos, datos de las ventas diarias a los estancos de todas las marcas de todos los fabricantes a los que distribuye, desglosadas por provincia (los denominados datos “sell-in”).

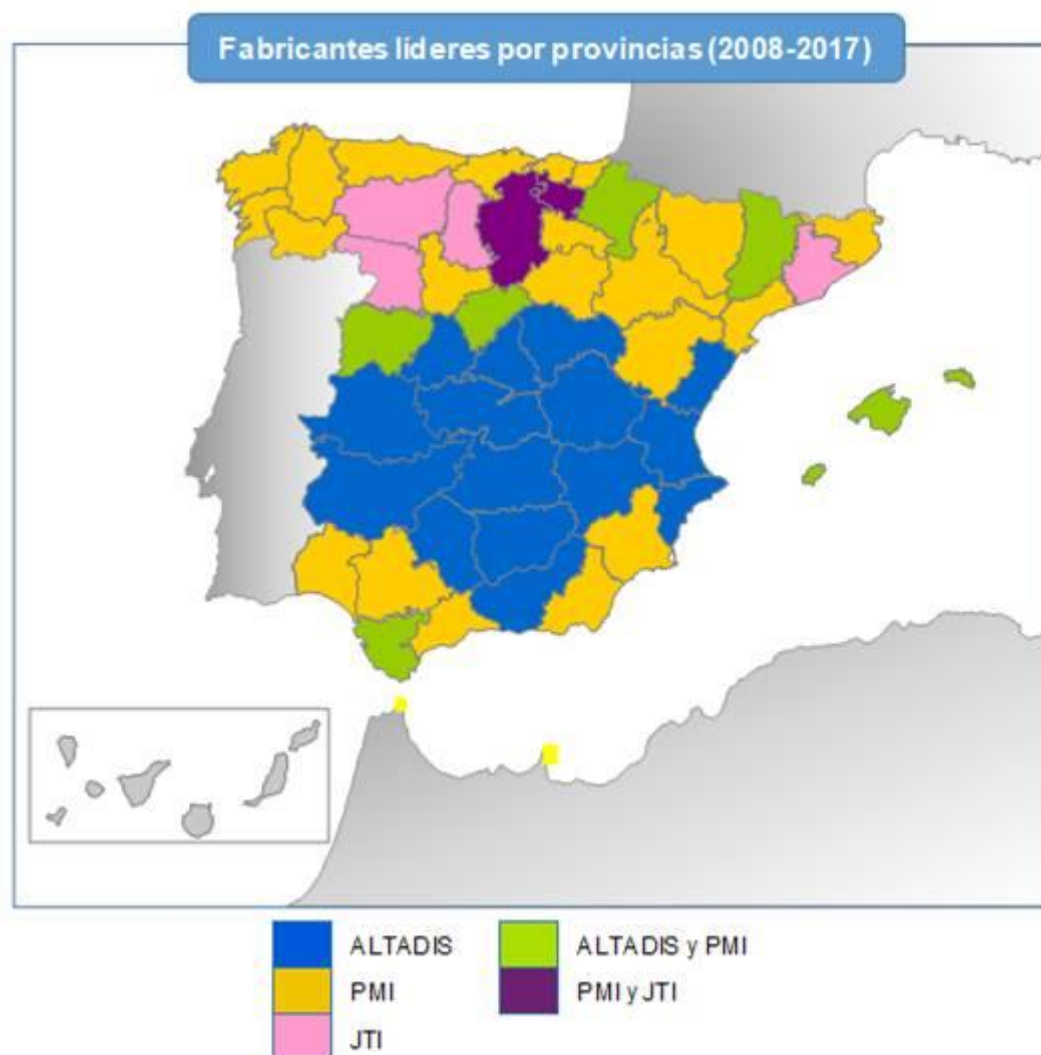
Disponer de los datos de ventas diarios de cada uno de los productos de la competencia para cada una de las provincias permite a cada fabricante conocer con total precisión y en tiempo real el patrón de comportamiento de todos los consumidores del mercado y la reacción de la demanda en cada provincia para cada una de las marcas y categorías ante modificaciones de precios o el lanzamiento de nuevos productos. Ello no sólo respecto de sus propias marcas sino también de las de sus competidores.

La utilidad de la información cobra mayor relevancia si observamos que la estructura de mercado a nivel provincial difiere de la del mercado a nivel nacional, algo de lo que son plenamente conscientes las empresas¹³⁸.

En el siguiente mapa se puede observar el liderazgo de las empresas por provincias en el periodo 2008 a 2017:

¹³⁷ Decisión de fecha 17 de febrero de 1992 (92/157/CEE). Esta Decisión fue confirmada posteriormente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 28 de mayo de 1998 (asunto C-7/95 P).

¹³⁸ Véase el correo electrónico interno de ALTADIS (folio 7747) al que se hace referencia en el párrafo 134.



Fuente: Elaboración propia DC, según datos del CMT

Este diferente posicionamiento de las empresas a nivel local permite considerar que el conocimiento periódico de los patrones de consumo por zonas es fundamental para las empresas en el mercado y les ofrece una información muy útil para tomar decisiones en función de las necesidades estratégicas que tienen en cada momento. En definitiva, les permite reaccionar de forma inmediata ante cualquier cambio en las condiciones del mercado y ante cualquier estrategia procompetitiva adoptada por un rival, al conocer de inmediato qué categorías, marcas, labores y provincias son las que están viéndose afectadas en cada momento por dicho cambio.

En este sentido, aunque nos encontramos ante un mercado en el que por imposición legal hay una gran transparencia en lo que se refiere a la información sobre ventas de tabaco, la información intercambiada por las empresas dista mucho en cuanto a contenido y detalle de la que mensualmente publica el CMT, por lo que el intercambio de información analizada no puede quedar amparado bajo la consideración de que es una información pública.

Las propias empresas han puesto en valor la utilidad de la información intercambiada. Incluso LOGISTA ha reconocido que con la información intercambiada las empresas obtienen *“un conocimiento preciso y detallado del mercado de venta al por menor, es decir, las ventas de labores de tabaco al consumidor”* (folios 4016 a 4036).

En consecuencia, esta Sala considera que la información objeto de intercambio entre las empresas analizada en este expediente cumple las características de información cuyo intercambio entre competidores puede ocasionar graves efectos anticompetitivos en el mercado.

b. Los efectos derivados del intercambio de información sobre ventas en el mercado de fabricación de tabacos

1. Análisis de la estructura y características del mercado

El análisis de los efectos derivados del intercambio de información sobre ventas entre los principales fabricantes de tabaco en España debe partir, necesariamente, de una primera valoración sobre la estructura y características del mercado.

Existen una serie de características que permiten considerar que determinados mercados favorecen la coordinación entre las empresas que operan en ellos. La OCDE ha señalado que en mercados altamente concentrados, con barreras de entrada y con un elevado grado de transparencia, existe un riesgo mayor de que se produzcan este tipo de comportamientos entre las empresas¹³⁹.

La Dirección de Competencia ha analizado a lo largo de la instrucción el mercado de tabacos nacional y ha podido constatar que el mercado de fabricación de tabacos reúne las citadas características (folios 18267 a 18277; párrafos 338 a 394 de la propuesta de resolución).

Es un mercado con un alto grado de concentración en el que la cuota de las 4 empresas principales se ha mantenido por encima del 95% en los últimos 10 años. Los mercados en los que las empresas presentan cuotas de mercado similares

¹³⁹ Véase Informe OCDE sobre Oligopolio de 1999 (DAFFE/CLP(99)25).

tienen una mayor predisposición a la colusión, y en el mercado de cigarrillos la simetría del mercado ha ido en aumento desde 2008, tanto a nivel nacional como provincial.

La existencia de elevadas barreras de entrada juega un papel relevante a la hora de determinar la predisposición de los mercados a la coordinación, en la medida en que previene la aparición de nuevos entrantes y con ello disminuye para los incumbentes el riesgo de tener que enfrentarse a competidores adicionales, alterando así la dinámica competitiva pre-existente. El mercado de cigarrillos es un mercado con elevadas barreras de entrada motivadas principalmente por la prohibición de publicidad y promoción del tabaco, lo que hace que los nuevos entrantes no puedan publicitar sus productos y darse a conocer (cuestión especialmente relevante si se tiene en cuenta que en este mercado existe una cierta fidelización de marca), y por la propia madurez del mercado con tendencia a ventas decrecientes. Prueba de ello es que en los últimos 10 años ningún operador ha conseguido entrar con éxito en el mismo. De hecho, al ser un mercado en el que el 95% de la cuota está repartida entre cuatro empresas multinacionales de grandes dimensiones, resulta muy difícil entrar a competir con éxito.

Otra de las características propias de este mercado se refiere a la gran transparencia que existe sobre el precio y, en menor medida, sobre las ventas de cigarrillos, lo que facilita la coordinación. Como ya se ha señalado en esta resolución, las empresas están obligadas a comunicar y publicar cualquier modificación del precio con anterioridad a su efectiva aplicación, por lo que el mercado conoce el precio que cada fabricante aplica a sus productos desde el mismo momento en que se modifica. Por otro lado, el CMT lleva a cabo publicaciones mensuales sobre las ventas de tabaco realizadas en España que permite conocer a las empresas las tendencias del mercado a mes vencido.

Los precios se modifican habitualmente dos veces al año, por lo que el uso de esta variable competitiva no es frecuente. Al margen de los precios, los fabricantes tienen a su disposición otras variables comerciales para competir: la publicidad (si bien está limitada¹⁴⁰); el lanzamiento de nuevos productos; y la reconfiguración de la cartera, a fin de adecuar continuamente la oferta de productos a las características de la demanda en cada momento.

Adicionalmente, el mercado de cigarrillos tiene una baja elasticidad-precio de la demanda, lo que refuerza la posibilidad, nuevamente, de que se produzca

¹⁴⁰ La Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco prohíbe la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco.

coordinación entre los principales fabricantes. Esto se debe a que cuanto más inelástica sea la demanda de un producto, menores serán las ventas a las que renuncien los oferentes en caso de aumentar sus precios de forma coordinada, con lo que aumentan los incentivos para hacerlo. Además, la rigidez de la demanda también disminuye la probabilidad de que un fabricante se desvíe del resultado colusivo, puesto que al reducir el precio renunciaría a unos beneficios mayores a cambio de menores ingresos, sin la certeza de que reducir el precio repercutiese de forma significativa en sus ventas¹⁴¹.

La baja elasticidad también puede inferirse de la tributación especial que se aplica al consumo de tabaco, que no sólo busca desincentivar el consumo sino también un efecto recaudatorio. Con las subidas de precios los fabricantes generalmente repercuten al consumidor el 100% de las subidas fiscales y en ocasiones, más (aunque no siempre pueda estar justificada esta subida más que proporcional, como puede ser el caso de una caída generalizada de la demanda)¹⁴².

Sin embargo, la incidencia de la baja elasticidad está limitada por la existencia de sustitutos cercanos, ya que ante subidas del precio de los cigarrillos se produce un desplazamiento de la demanda hacia otras categorías de cigarrillos inferiores o a otras labores (por ejemplo, picadura de liar), tal como ha ocurrido en los últimos años¹⁴³.

Como se ha mencionado con anterioridad, también existe cierto grado de fidelidad a la marca en este mercado. Por ello, se puede definir a las marcas de cigarrillos como productos en los que se da un cierto grado de diferenciación, definición que han aplicado también otras autoridades de competencia. Además, con el paso de los años, el número de variedades ha ido en aumento.

La teoría económica no es concluyente respecto a la relevancia de la diferenciación de los productos a la hora de favorecer el control de los precios y ventas de los

¹⁴¹ Ivaldi, M., Jullien, B., Rey, P., Seabright, P., y Tirole, J. (2003), *The economics of tacit collusion*. Final report for DG competition, European Commission, 4-5.

Kantzenbach, E., Kottman, E., y Krüger, R. (1995), "*New Industrial Economics and Experiences from European Merger Control - New lessons about collective dominance?*". Study commissioned by the European Commission (Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities), pp. 15-16.

¹⁴² De acuerdo con la Ley de Dalton (1936), la incidencia de un impuesto se distribuirá entre la oferta y la demanda en función de sus respectivas elasticidades-precio, siendo mayor el impacto cuanto menor sea la elasticidad. El hecho de que los fabricantes sean capaces de trasladar de forma recurrente la totalidad de las subidas impositivas a los consumidores para mantener intacto su margen (o incluso aumentarlo) es una clara muestra de la inelasticidad de la demanda de tabaco, ya que de lo contrario absorberían parte de las mismas.

¹⁴³ Véase informe "*La industria del tabaco en España – 1990-2015*", publicado por Adelta.

competidores, ya que se considera que el impacto de la diferenciación de los productos en la capacidad de las empresas para coordinarse es ambiguo¹⁴⁴. En cualquier caso, la mayor parte de las ventas de los grandes fabricantes de cigarrillos están, por lo general, muy concentradas en unos pocos productos y además estos productos cambian sus precios a la vez y en la misma cuantía, de forma que se mantienen los gaps o diferenciales entre segmentos, lo que facilita la coordinación. Además, la diferenciación, por un lado, no es suficiente para evitar que los intercambios de información tengan efectos y faciliten la coordinación teniendo en cuenta el resto de características del mercado, y por otro, hace más difícil justificar la evolución paralela de los precios observada.

Otra característica de este mercado es la inexistencia de competencia en la distribución. A pesar de que existen otros distribuidores mayoristas en el mercado, que está liberalizado, LOGISTA distribuye el 99% de los cigarrillos en España. En particular, los cuatro grandes fabricantes tienen firmados contratos de distribución con un único operador, LOGISTA, que además pertenece a uno de los principales operadores (ALTADIS) de modo que la posibilidad de competencia en este nivel de la cadena se ve eliminada, al compartir condiciones similares e impedirse alguna diferenciación por razón de las diferentes condiciones en la distribución tanto respecto a los precios como a la calidad del servicio. Esta peculiaridad de la distribución no solo homogeniza aún más las condiciones de competencia, sino que se convierte en un elemento facilitador de comportamientos de colusión, en tanto que la existencia de una empresa común a los cuatro fabricantes, que centraliza información de cada uno de ellos, hace más sencillo tanto el intercambio de información sensible, como en este caso, como la transmisión de señales o estrategias de unos a otros en el caso de que se adopte un acuerdo restrictivo que haya de ser vigilado.

Por motivos regulatorios, la transparencia en precios es total, pero mediante el intercambio de información sobre ventas acreditado se consigue que esta transparencia se extienda también a las cantidades. Este intercambio de información, por tanto, reduce el atractivo de desviarse del resultado coordinado, ya que permite controlar el comportamiento de todos los fabricantes, al poder realizar un seguimiento diario y detallado de los resultados de sus respectivas políticas comerciales. Esto, junto con el resto de las características del mercado

¹⁴⁴ Sí existe consenso en cuanto a que los productos homogéneos facilitan la colusión, pero el efecto de una mayor diferenciación no siempre está claro, ya que las desviaciones no suponen tantos beneficios para las empresas, pero por otro lado los castigos a éstas por parte de los competidores son menos efectivos. Ver página 146 de Motta (2004), así como Ivaldi et al. (2003).

descritas, hace que previsiblemente el mercado no sea competitivo. A continuación, comprobamos que ése es el resultado que se ha venido observando en la realidad.

2. Efectos en el mercado

El intercambio de información sobre ventas reduce casi por completo la incertidumbre (esencial para la competencia) que se da en cualquier mercado respecto de los efectos de cualquier acción comercial.

El intercambio facilita que cualquier operador pueda distinguir si la variación en sus ventas se ha debido a la acción comercial de su competidor o a una caída general de la demanda, permitiéndole así contrarrestar dichas acciones, anulando sus efectos. La posibilidad de detectar estas estrategias en el mercado y anularlas acaba con los incentivos para utilizar estrategias competitivas y para esforzarse por competir.

Tras la significativa reducción de la demanda de cigarrillos que ha tenido lugar desde el año 2008, se habría esperado que los fabricantes hubieran llevado a cabo diferentes estrategias con el fin de adaptarse al nuevo contexto, en el que

- unos ganarían y otros perderían en función de lo acertado o desacertado de la adaptación de cada uno al nuevo entorno, llevando a una nueva configuración en términos de cuotas de mercado,
- caerían los precios antes de impuestos ante la fuerte caída de la demanda (es decir, los fabricantes asumirían, aunque solo fuera mínimamente, las subidas fiscales), aunque de forma limitada dada la inelasticidad de la demanda, y no seguirían una evolución tan marcadamente paralela, sino más escalonada, y
- se observarían cambios en los precios relativos ("gap") entre los diferentes subsegmentos de mercado ante el cambio de preferencias.

La realidad es que, mediante los intercambios de información, el mercado muestra un panorama muy diferente al que cabría esperar en un contexto competitivo, pues, como se analiza posteriormente, de un lado los precios han subido sistemáticamente más que los impuestos en un contexto de fuerte caída de la demanda y de otro las cuotas relativas de los fabricantes han permanecido casi inalteradas durante los últimos 10 años.

Conviene precisar que, a pesar de que el intercambio de información sobre ventas lleva produciéndose de forma ininterrumpida desde 1999-2000 hasta la actualidad, los efectos restrictivos sobre la competencia del mismo solo se han podido acreditar

desde el año 2008. Esto es debido a que la importancia de la información para los fabricantes creció exponencialmente a partir de dicho año, por diversos motivos.

En primer lugar, porque la fuerte reducción de la demanda a partir de 2008 incrementaba los incentivos de los fabricantes a desviarse del resultado de la colusión y, por tanto, la probabilidad de entrar en una guerra de precios perjudicial desde el punto de vista de los resultados empresariales. En ese contexto de caída generalizada de las ventas, monitorizar el comportamiento de los propios productos y de los de los competidores se volvía una estrategia más deseable para las empresas del sector.

En segundo lugar, dadas las subidas de impuestos y el distinto impacto de las mismas sobre las carteras de los fabricantes (por su heterogeneidad), los intercambios de información permiten alcanzar un equilibrio colusivo que permitirían realizar una subida de precios generalizada para evitar perder margen de beneficio.

En tercer lugar, porque precisamente en un escenario de caída de la demanda, en el que se vieron modificados los patrones de consumo con el desplazamiento hacia otras marcas más baratas y otras labores de tabaco, resultaba más relevante hacer un estrecho seguimiento del comportamiento de la demanda.

Por último, hay que considerar que los fabricantes han ido aumentando el número de referencias en sus carteras, lo que hizo que la información proporcionada por LOGISTA ganase relevancia, ya que, por un lado, disminuyó la utilidad de la información facilitada por el CMT, demasiado agregada, y, por otro lado, la coordinación entre los fabricantes se volvió más complicada. Los intercambios de información permitieron simplificar el entorno, al hacer posible el seguimiento detallado de las nuevas referencias introducidas en el mercado y facilitar, por tanto, la coordinación.

2.1. Estabilidad de las cuotas de mercado

En este contexto de mercado descrito, el análisis de la Dirección de Competencia evidencia que a partir del año 2008 existe una tendencia inmovilista por parte de las principales empresas fabricantes incoadas en este expediente. Se analizan las cuotas de mercado, tanto a nivel nacional como provincial, dado que no se trata de un acuerdo explícito y formal entre las empresas para repartirse el mercado, sino de un intercambio de información que les permite ajustar su comportamiento y reducir la competencia, por lo que resulta más sencillo mantener la estabilidad del sector a nivel global.

Tal como se muestra en el cuadro siguiente, las ventas de cigarrillos permanecieron relativamente estables hasta 2008, fecha a partir de la cual se produjeron caídas anuales de más del 10%, de forma que entre 2008 y 2017 la caída acumulada en la venta de cigarrillos fue del 50%.

VENTAS DE CIGARRILLOS			
	Cajetillas	€	€ netos
2008	4.514.441.352	11.671.980.836	2.665.016.226
2009	4.067.825.494	11.719.616.571	2.641.855.078
2010	3.621.537.558	12.061.477.093	2.667.576.773
2011	3.015.433.443	11.339.721.826	2.310.781.580
2012	2.671.732.729	10.799.877.514	2.234.131.180
2013	2.375.413.225	10.217.072.774	2.127.050.244
2014	2.339.948.159	10.236.958.472	2.138.753.274
2015	2.325.042.311	10.312.166.008	2.170.242.262
2016	2.323.450.270	10.311.177.335	2.167.120.776
2017	2.237.286.405	10.122.349.232	2.124.365.314
Variación 2008-2017	-50%	-13%	-20%

Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos del CMT

La fuerte caída de las ventas no se vio sin embargo acompañada de una caída de la misma magnitud de los ingresos. La caída de los ingresos fue muy inferior, únicamente un 13%, frente al 50% de las ventas. Esto significa que en un mercado en el que el consumo se reduce a la mitad (de 4,5 millones de cajetillas consumidas en 2008 a 2,2 en 2017) los ingresos únicamente caen un 13% (de 11.672 millones de € en 2008 a 10.122 millones de € en 2017).

Este comportamiento de los ingresos no resulta lógico en un mercado competitivo donde el derrumbe de las ventas debería verse acompañado de una moderación de los precios o al menos un aumento menos pronunciado de los mismos por parte de alguna empresa, aunque solo fuera temporalmente con el fin de ganar cuota de mercado, lo que habría reducido los ingresos del sector y habría provocado distintas reacciones de los diferentes competidores con una reasignación de cuotas, que como se verá a continuación tampoco se ha producido.

Si bien es cierto que la carga impositiva -que tiene un peso del 80% sobre el precio de venta al público- se ha ido incrementando, esta no justifica en su totalidad la diferencia existente en la evolución de ambas variables. Así, como se puede apreciar en el cuadro citado, la caída de los ingresos netos de la recaudación de impuestos (especiales e IVA) es también notablemente inferior a la caída de las

ventas, pues entre 2008 y 2017 caen únicamente un 20%, frente al 50% de caída de las ventas.

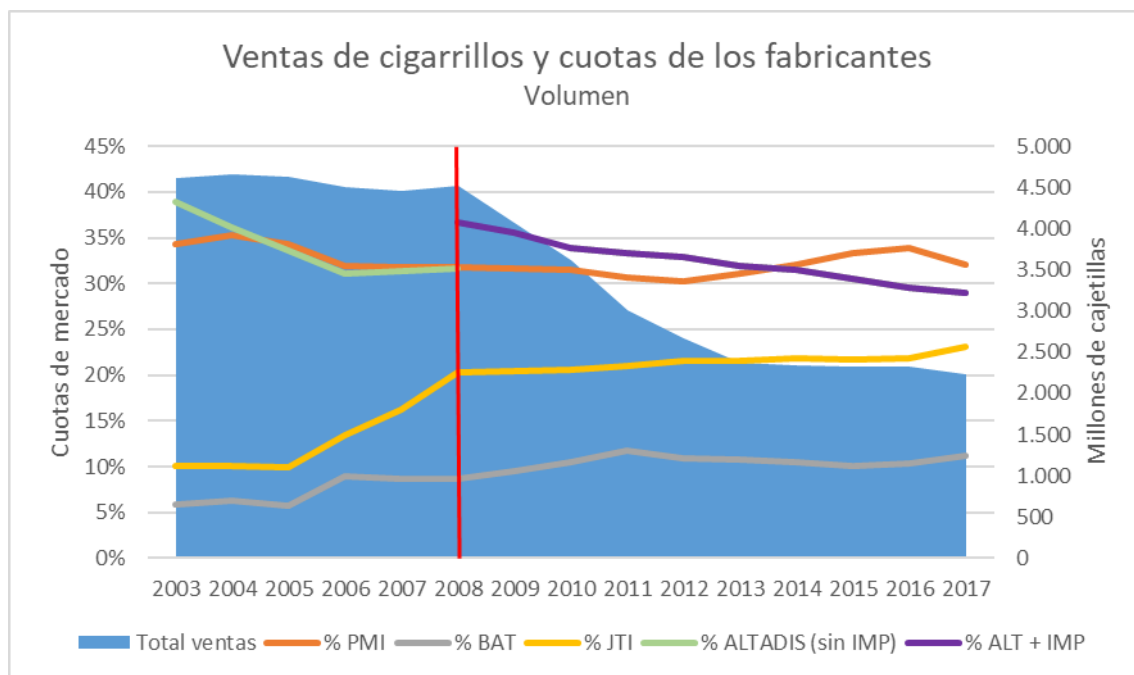
Es decir, que incluso descontando el efecto que el incremento de la carga impositiva hubiera podido tener sobre la evolución de los ingresos por la venta de cigarrillos, no se explica que, en un contexto de intensa caída de la demanda y de crisis económica en general, se haya contenido de tal forma la caída de los ingresos. Al menos, este resultado parece complicado de explicar en un mercado en el que no exista algún tipo de coordinación entre las empresas.

La aparición de nuevos nichos de mercado en un contexto de caída generalizada de ventas debería haber producido un reposicionamiento relativo de cada fabricante. Por ejemplo, desde la crisis económica de 2008 se observa que la demanda tiende a desplazarse hacia los segmentos de menor precio, con lo que cabría esperar que aquellos fabricantes con mayor peso de los segmentos inferiores se hubiesen visto favorecidos en términos de cuota. Sin embargo, el inmovilismo observado en la participación relativa de cada fabricante en el mercado parece confirmar el mantenimiento del *statu quo* como única estrategia seguida por la industria en el mercado de cigarrillos.

Como se ha indicado anteriormente, existen otras variables comerciales que los fabricantes pueden utilizar para competir, dentro del marco normativo. Pese a que el horizonte temporal necesario para diseñar, ejecutar y evaluar el lanzamiento de un producto o una campaña promocional sea muy superior a un día, con la información proporcionada por LOGISTA se acorta al máximo el tiempo de reacción, desincentivando que las empresas innoven a la hora de lanzar productos, campañas promocionales o se desvíen a la hora de modificar precios, ya que los competidores ven enseguida el impacto sobre las ventas (propias y del competidor que se ha desviado), pudiendo a su vez seguirle y contrarrestar el impacto de su estrategia comercial (tanto a nivel nacional como por áreas geográficas). En general, disponer de datos tan detallados de forma inmediata permite entender perfectamente la demanda, tanto la propia como la del resto de fabricantes. De este modo, aunque los fabricantes no puedan reaccionar inmediatamente al lanzamiento de campañas promocionales y nuevos productos, sí pueden modificar campañas o lanzamientos posteriores, así como realizar un seguimiento diario de sus efectos, algo que no sería posible en ausencia de la información intercambiada. De esta manera, a medio y largo plazo los fabricantes consiguen que las cuotas de mercado sean estables.

Ello se pone de manifiesto con mayor detalle, cuando se comprueba que las cuotas de mercado de los cuatro principales fabricantes de cigarrillos han permanecido prácticamente inalteradas desde hace 10 años. Esto se visualiza claramente en el

siguiente gráfico donde se aprecia cómo las cuotas de mercado de los fabricantes se estabilizan a partir del año 2008, justo cuando las ventas empezaron a caer.



En el periodo anterior (2003-2008) se observa una mayor variabilidad relativa de cuotas; así PMS redujo su cuota un 3%, ALTADIS un 7%, JTI duplicó su cuota (del 10 al 20%) y BAT la aumentó 3 puntos porcentuales (del 6 al 9%).

Por el contrario, a partir de 2008 y durante un largo periodo de 10 años coincidente con el desplome de las ventas entre 2008-2013 y su posterior estabilización (2014-2017), se observa que, salvo en el caso de ALTADIS, cuya cuota ha continuado la senda descendente iniciada 10 años antes (aunque de forma menos pronunciada¹⁴⁶), el resto de los competidores han mantenido durante este periodo su cuota prácticamente inalterada.

¹⁴⁵ Las cuotas correspondientes a ALTADIS+IMP han sido calculadas como adición de las de ALTADIS e IMPERIAL TOBACCO en 2008, y a partir de 2009, tras la compra de ALTADIS por parte de IMPERIAL TOBACCO, el CMT únicamente proporciona el total de ambas empresas. No se incluyen las cuotas de IMPERIAL TOBACCO anteriores a 2008 al ser estas muy reducidas.

¹⁴⁶ Caída media anual del 0,8% frente al 1,4% del periodo anterior. El primer periodo, además, coincide con un contexto de fuerte crecimiento económico y de liberalización del mercado de

PMS ha mantenido su cuota en torno al 32% de las ventas, BAT en torno al 10% y JTI en torno al 21%. La caída de 8 puntos de ALTADIS se ha repartido tanto entre los tres principales fabricantes como entre otros, dado que después de que los 4 principales aumentaran su cuota hasta el 97% del mercado total en 2008, su participación se redujo hasta el 95% en 2017.

Esta estabilidad de las cuotas de mercado resulta especialmente llamativa en un escenario de desplome de la demanda como el ocurrido a partir de 2008. En este contexto lo esperable habría sido una mayor volatilidad de las cuotas de mercado fruto de la mayor intensidad competitiva que se habría desatado entre las empresas de cara a retener su participación en un negocio en declive.

En el cuadro siguiente se muestran las variaciones de las cuotas de mercado de los cuatro principales fabricantes en valor y el volumen entre 2004 y 2017, marcándose en rojo variaciones superiores al 2% de cuota.

En el mismo se aprecia de nuevo la estabilidad de las cuotas de los participantes en el mercado de cigarrillos en los últimos 10 años, periodo durante el cual ninguna de las empresas ha modificado su cuota relativa, ni en valor ni en ventas, por encima del 1%. Como puede observarse los movimientos de cuota superiores al 2% se produjeron antes de 2008.

VARIACIÓN ANUAL DE CUOTA (valor)														
	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
% PMI	1%	0%	-3%	-1%	0%	-1%	0%	-1%	0%	1%	1%	1%	1%	-2%
% ALTADIS	-2%	-1%	-2%	0%	0%	-1%	-1%	0%	0%	-1%	-1%	-1%	-1%	-1%
% JTI	0%	0%	3%	3%	4%	0%	0%	0%	1%	0%	0%	0%	0%	1%
% BAT	0%	0%	2%	0%	0%	1%	1%	1%	-1%	0%	0%	0%	0%	1%

VARIACIÓN ANUAL DE CUOTA (volumen)														
	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
% PMI	1%	-1%	-2%	0%	0%	0%	0%	-1%	0%	1%	1%	1%	1%	-2%
% ALTADIS	-3%	-1%	-2%	0%	-1%	-1%	-2%	-1%	0%	-1%	-1%	-1%	-1%	-1%
% JTI	0%	0%	3%	3%	4%	0%	0%	0%	1%	0%	0%	0%	0%	1%
% BAT	0%	-1%	3%	0%	0%	1%	1%	1%	-1%	0%	0%	0%	0%	1%

Fuente: Elaboración propia en base a los datos del CMT

tabacos (en 1998). Por ello, es razonable asumir que la empresa incumbente (ALTADIS en el caso que nos ocupa) fuera perdiendo cuota a medida que entraban nuevos competidores o los ya existentes aumentaban su cuota.

Esta fuerte estabilidad de cuotas, tanto de ventas como de ingresos, a nivel nacional desde 2008, coincidiendo con la fuerte caída de la demanda, y teniendo en cuenta el resto de evidencias analizadas, es indicativa de la falta de competencia en el mercado y del efecto que el intercambio de información analizado ha producido en términos de eliminación de la competencia en el mismo.

La ausencia de variación de las cuotas no solamente se produce a escala nacional, sino que se observa también a nivel provincial. De este modo, en el periodo anterior a 2008 las cuotas por provincias eran mucho más variables (tomando como referencia, al igual que en el caso de las cuotas nacionales, una variación igual o superior a dos puntos porcentuales). Los casos de variaciones anuales de cuota significativos disminuyeron notablemente a partir del año 2008, siendo la media de variación anual mucho menor en este segundo periodo en la gran mayoría de las provincias¹⁴⁷. En 2011, de hecho, pese a que las ventas en volumen cayeron casi un 17%, los movimientos en las cuotas provinciales de los fabricantes fueron mínimos, con sólo 6 casos en los que las cuotas cambiaron en dos o más puntos porcentuales.

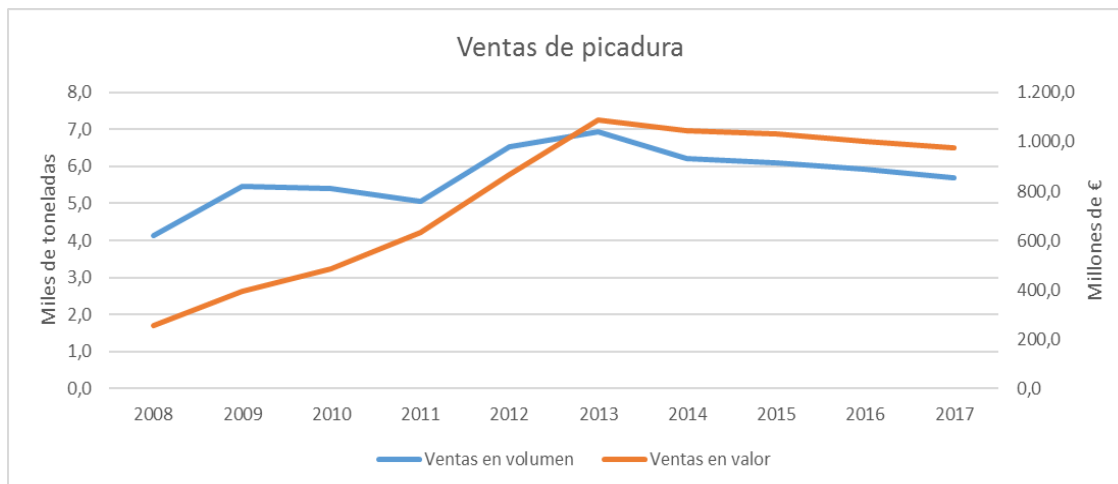
Finalmente, si bien los datos *sell-in* también incluyen información sobre ventas de picadura de liar (producto sustitutivo de los cigarrillos y de menor precio relativo), la situación del mercado de cigarrillos contrasta con la del mercado de picadura.

El aumento del consumo de picadura de liar es un fenómeno que ya se venía observando en el mercado nacional en los años previos a la crisis del 2008, puesto que entre 1999 y 2008 las ventas en valor de picadura de liar aumentaron un 722% mientras que las de cigarrillos únicamente aumentaron un 65%.

Desde 2008 las ventas de picadura de liar en volumen (kilos) han aumentado un 38%, desde los 4,1 millones de kilos hasta los 5,7 en el mismo periodo, alcanzando su máximo en 2013 (6,9 millones de kilos). Dicho aumento ha sido, sin embargo, mucho más pronunciado en términos de ingresos, los cuales se han multiplicado por 4 durante el periodo, habiendo crecido un 283%, desde los 254 millones de € en 2008 hasta superar los 1000 millones desde 2013 en adelante.

Finalmente, pese al aumento de las ventas de picadura de liar, éstas siguen siendo de una magnitud bastante inferior a las ventas de cigarrillos.

¹⁴⁷ En 47 de 50 provincias, la volatilidad de las cuotas de mercado es inferior en el periodo 2008-2017, en comparación con el periodo 1999-2007 (se toma como referencia una variación igual o superior a dos puntos porcentuales).



Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos del CMT

Se observan notables diferencias respecto al comportamiento del mercado de cigarrillos. En primer lugar, el mercado está repartido de forma más equitativa entre las distintas empresas, ya que los 7 mayores fabricantes tienen una cuota superior al 5% en 2017 y el grado de concentración es inferior. Por el contrario, la cuota conjunta de los cuatro principales fabricantes de cigarrillos, tanto en valor como en volumen, se ha mantenido por encima del 95% desde el año 2008. En segundo lugar, se observa un mayor dinamismo en la evolución de las cuotas de mercado, de modo que en periodos muy cortos de tiempo se han producido modificaciones sustanciales en la posición de los distintos operadores. De este modo, con el paso del tiempo la cuota de ALTADIS, que venía siendo el líder indiscutible, se ha ido reduciendo (-34,5 puntos porcentuales entre 2008 y 2017), mientras que otros fabricantes han ido ganando cuota¹⁴⁸. En cambio, en el mercado de cigarrillos, ningún fabricante distinto a los cuatro grandes ha superado una cuota del 2% en los últimos diez años.

Por último, la posición de los fabricantes incoados en el mercado de picadura de liar no coincide con la que tienen en el mercado de cigarrillos. Por cuota de mercado, ALTADIS y JTI son los líderes, mientras que PHILIP MORRIS es el cuarto fabricante y BAT, el sexto.

CUOTAS PICADURA (valor)										
	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017

¹⁴⁸ Cabe destacar los casos de JTI (+15pp.), PHILIP MORRIS (+9,9pp.) y POSCHL TABAK (+8,7pp.) por la intensidad y rapidez de su crecimiento.

ALTADIS/IMPERIAL	59,9%	44,8%	35,8%	40,3%	36,6%	34,0%	30,5%	29,2%	27,0%	25,4%
JTI	9,3%	8,2%	15,1%	12,0%	12,5%	13,9%	18,1%	22,6%	23,6%	24,3%
POSCHL TABAK	6,7%	14,1%	14,2%	13,0%	11,3%	10,6%	12,2%	13,0%	14,5%	15,4%
PHILIP MORRIS	0,0%	0,4%	4,2%	8,4%	12,2%	13,7%	14,8%	13,6%	12,0%	9,9%
FLANDRIA N.V.	0,5%	2,2%	3,1%	2,4%	2,6%	3,4%	4,2%	5,1%	6,3%	7,3%
BAT	10,1%	9,3%	8,9%	8,5%	10,2%	10,3%	8,9%	6,9%	6,5%	6,6%
VON EICKEN	1,4%	3,0%	4,6%	3,5%	3,4%	3,4%	3,9%	4,3%	4,9%	5,6%
GRYSON	8,3%	9,8%	9,3%	8,9%	7,4%	6,5%	3,5%	1,6%	1,4%	1,4%
HVL	2,1%	3,7%	2,9%	1,3%	1,0%	1,0%	1,0%	0,8%	0,8%	1,0%

Fuente: Elaboración propia, a partir de los datos del CMT

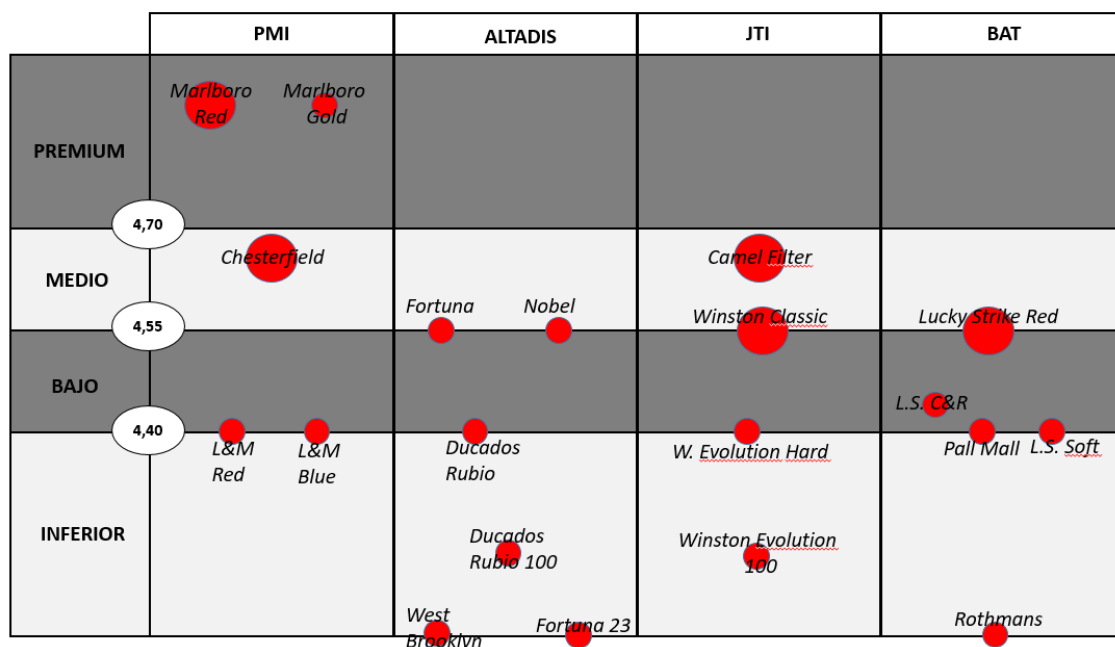
Son precisamente las diferencias entre el mercado de cigarrillos y las del mercado de picadura de liar las que llevan a que en el caso de los cigarrillos los datos *sell-in* tengan un impacto más adverso sobre la competencia. La menor concentración del mercado de picadura, con un mayor número de actores relevantes y en el contexto de un mercado más reciente (con una imagen de marca, por tanto, menos asentada) y en auge respecto al de cigarrillos, han llevado a que el resultado competitivo de ambos mercados sea distinto.

2.2. Efectos sobre los precios

El precio de los productos constituye uno de los principales parámetros competitivos para los operadores en un mercado y, por tanto, un claro elemento diferenciador entre ellos. Si bien en el caso que nos ocupa, la transparencia de precios es, por motivos regulatorios, casi total, esto no implica, *a priori*, que las empresas no puedan utilizar este parámetro para competir. Sin embargo, el análisis de la Dirección de Competencia demuestra que, mediante los intercambios de información *sell-in*, los fabricantes consiguen un seguimiento diario de los efectos de las distintas estrategias comerciales, de manera que se eliminan los incentivos para desviarse de los precios que establecen los competidores.

Por lo que se refiere a los cigarrillos, aunque las carteras de productos de los fabricantes son diferentes, se comprueba que los movimientos generalizados de precios que los cuatro principales fabricantes aplican periódicamente a sus productos son idénticos y prácticamente simultáneos, tanto si coinciden con subidas fiscales como si no.

En el cuadro siguiente se recogen los principales productos de las carteras de cada uno de los fabricantes (aquellos que, de acuerdo con la información facilitada por los propios fabricantes, representaron al menos un 5% dentro de su volumen de ventas en 2016) encuadrados en sus respectivos segmentos de precios¹⁴⁹. Los productos representados con un círculo grande son aquellos que significaron más de un 25% dentro de la cartera del fabricante, mientras que los representados con un círculo pequeño significaron menos de un 15%. Los productos incluidos en el cuadro representan conjuntamente más del 75% del mercado, por lo que se trata de un ejercicio muy representativo.



Fuente: Elaboración propia

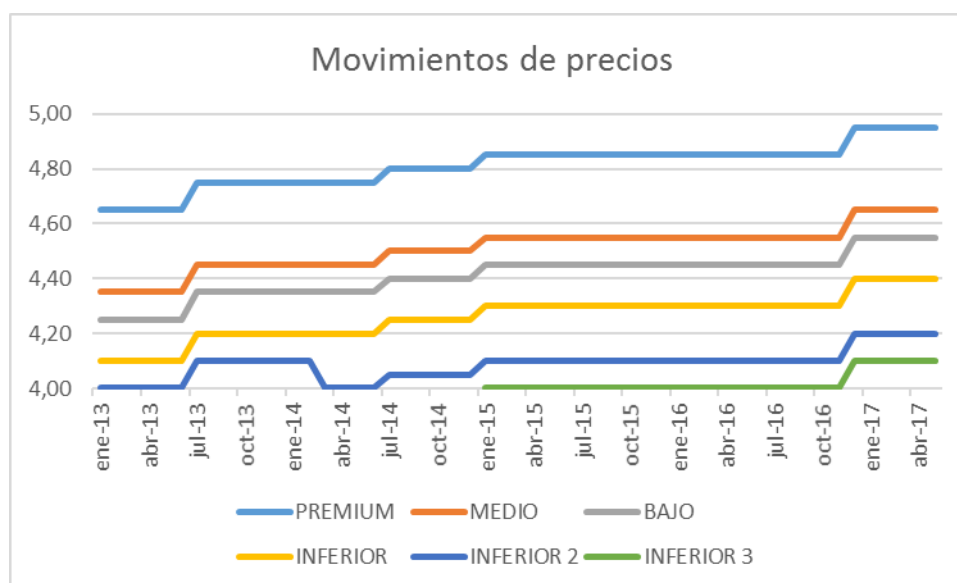
Como puede apreciarse, mientras que en las carteras de PMS y de JTI más de la mitad de las ventas se concentran en dos productos, que para PMS se ubican en un segmento superior de precios, en el caso de ALTADIS su cartera está más segmentada y se ubica en los segmentos de precio inferiores. La cartera de BAT

¹⁴⁹ En el sector se definen distintos segmentos de cigarrillos en base a los niveles de precios de las cajetillas. Los rangos van evolucionando en el tiempo a medida que se modifican los precios de los cigarrillos. En diciembre de 2016, el CMT estableció las siguientes categorías de segmentos: premium ($P20 > 4,70$ €), medio ($4,55 < P20 \leq 4,70$), bajo ($4,40 < P20 \leq 4,55$) e inferior ($P20 \leq 4,40$). A su vez, los fabricantes disponen de sus propias clasificaciones de cigarrillos por segmentos de precios, similares a la del CMT, pero no siempre coincidentes como se desprende de las contestaciones de los fabricantes al requerimiento de información de fecha 23 de enero de 2018 (folios 6881, 6912, 6942 y 6956).

presenta una distribución intermedia entre ambos. Resulta innegable que la cartera de productos difiere para cada uno de los cuatro fabricantes, pero a pesar de ello, se aprecia identidad de precios entre distintos productos de distintos fabricantes ubicados en el mismo segmento e identidad en las variaciones de los citados precios.

En cuanto a la identidad de precios entre distintos productos de distintos fabricantes ubicados en el mismo segmento de precios, se observa que dentro del segmento medio Fortuna y Nobel (ALTADIS) tienen el mismo precio que Winston (JTI) o Lucky Strike (BAT) o que, dentro de ese mismo segmento, lo mismo ocurre con Chesterfield (PMS) y Camel (JTI). Dentro del segmento inferior, L&M (PMS), Ducados Rubio (ALTADIS), Winston Evolution (JTI) y Pall Mall (BAT) todos tienen el mismo precio.

En cuanto a las variaciones de precios en el tiempo, en el gráfico siguiente se muestra la evolución de los precios desde 2013 a 2017 de cada una de las marcas incluidas en el cuadro anterior, es decir, de las marcas principales de los cuatro fabricantes.



Fuente: Elaboración propia¹⁵⁰

¹⁵⁰ El gráfico ha sido elaborado tomando en consideración las siguientes marcas: Premium: Marlboro Red KS (PMS) y Marlboro Gold KS (PMS), Medio: Chesterfield Red KS (PMS) y Camel Filter (JTI), Bajo: Winston Classic KS (JTI), Fortuna Rojo Blando (ALTADIS), Nobel KS (ALTADIS) y Lucky Strike Red (BAT), Inferior: L&M Red KS (PMS), L&M Blue KS (PMS), Winston Evolution Hard (JTI), Ducados Rubio Rojo Box (ALTADIS) y Lucky Strike Soft (BAT), Inferior 2: Ducados Rubio 100

Tal como se puede apreciar, la **identidad de la variación de los precios** de las marcas correspondientes a cada segmento es absoluta, de modo que el “gap” (diferencia de precios entre segmentos y productos) existente entre los productos ubicados en distintos segmentos de precios también se mantiene en el tiempo. Es decir, todos los fabricantes elevan el precio de todos sus productos paralelamente, de forma que la posición relativa de todos ellos permanece invariable.

En unas ocasiones el movimiento de precios viene motivado por una modificación de la fiscalidad aplicable a los precios de los cigarrillos, mientras que en otras ocasiones (por ejemplo, en 2014 y 2015) no existe motivación aparente que propicie el movimiento.

Si bien pudiera estar justificado que se reaccione ante un cambio de la fiscalidad, no lo está sin embargo la idéntica reacción de todos los competidores ante dicho cambio, máxime en un contexto de ventas decrecientes.

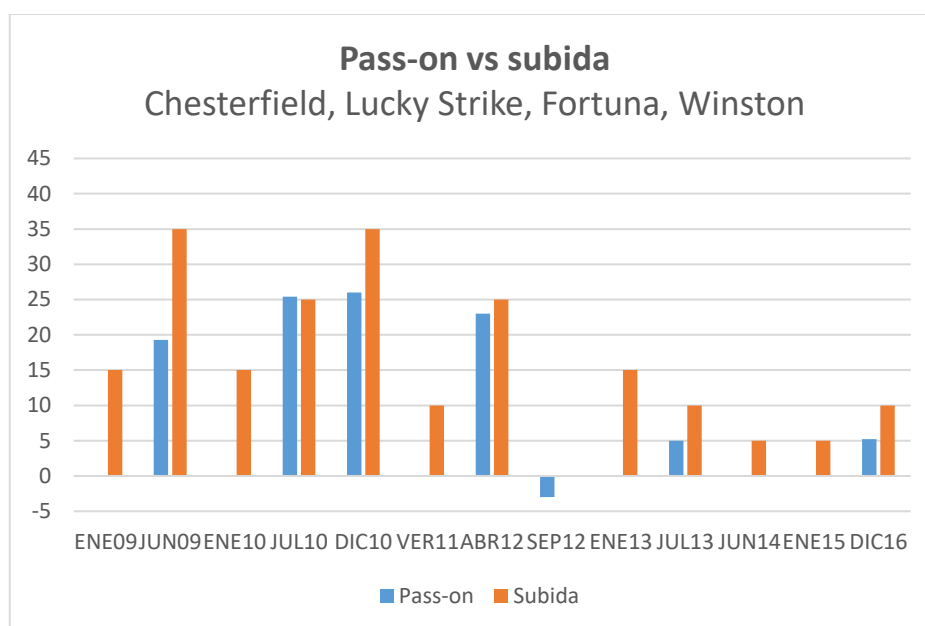
Esta identidad en la evolución de los precios no resulta coherente con la diversidad de las carteras de los fabricantes, especialmente en aquellos momentos en los que los movimientos de precios han venido motivados por una modificación fiscal. En la medida en que la fiscalidad del tabaco incluye un término por unidades y otro porcentual (*ad valorem*), cualquier variación de la fiscalidad que además implique el reequilibrio entre ambos términos tiene un impacto totalmente diferente en los fabricantes, dependiendo de la estructura de su cartera de productos.

Al tratarse de productos con un perfil de consumidor concreto y con cierta lealtad a la marca, y dada la diferenciación de carteras, no tiene sentido económico la evolución paralela de los precios, que además son exactamente iguales para los productos de cada categoría, así como el mantenimiento (que no la existencia) del gap entre segmentos, ya que su diferenciación debería ser suficiente para que los precios evolucionasen de forma distinta (aunque solo fuera ligeramente).

De hecho, se comprueba que, ante determinados cambios fiscales, los fabricantes aprovecharon para efectuar subidas superiores a las que derivaban exclusivamente del traslado del impacto fiscal teniendo en cuenta la composición de sus carteras, probablemente porque contaban con la garantía de que sus competidores iban a seguirles ya que sabían que cualquier desviación, así como sus efectos, serían rápidamente identificados.

(ALTADIS) y Winston Evolution 100 (JTI) e Inferior 3 : West Brooklyn (ALTADIS) y Rothmans (BAT).

En el gráfico siguiente se muestran, para cada uno de los momentos en los que se ha producido una subida generalizada de los precios de los cigarrillos, cuánto habría tenido que subir el precio de la cajetilla para dar traslado a la nueva fiscalidad manteniendo el margen constante (barra azul)¹⁵¹, y cuánto subió efectivamente (barra naranja), para cuatro marcas concretas, pertenecientes a los cuatro fabricantes que mantienen precios de venta al público idénticos¹⁵².



Fuente: Elaboración propia

Se comprueba que en casi todas las ocasiones la subida de precios ha sido superior a la necesaria para dar traslado al incremento impositivo. En un mercado competitivo, con las ventas cayendo un 10% anual, en el que cada fabricante tiene una cartera diferenciada, no resulta coherente que los fabricantes reaccionen

¹⁵¹ El impacto de una subida fiscal sobre el precio de venta al público de la cajetilla de cigarrillos, manteniendo constante el margen, es lo que en el sector se denomina “pass-on”.

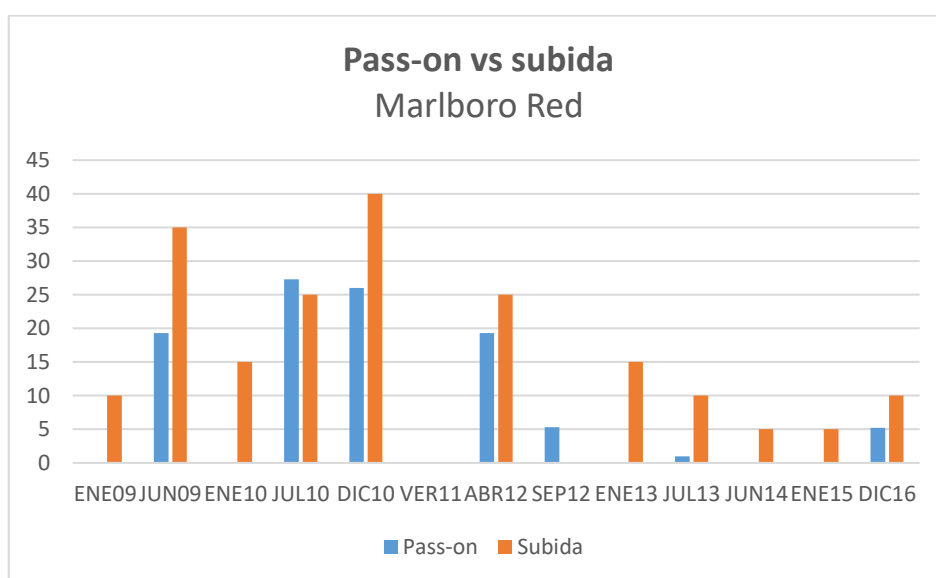
¹⁵² La metodología empleada por la Dirección de Competencia para calcular el pass-on en cada momento temporal ha sido la siguiente:

1º) Se calcula el margen inicial por cajetilla descontando del PVP los impuestos y el margen de los estancos. Para ello se consideran tres escenarios posibles: (i) el PVP se encuentra por encima del precio por debajo del cual el impuesto especial se sustituye por el impuesto mínimo (“precio umbral”); (ii) el PVP se encuentra por debajo del “precio umbral” pero por encima del precio por debajo del cual se aplica el impuesto mínimo incrementado; (iii) el PVP se encuentra por debajo del precio por debajo del cual se aplica el impuesto mínimo incrementado.

2º) Una vez calculado el margen inicial y observada, en su caso, la modificación impositiva, se calcula el nuevo PVP que sería necesario para mantener el margen inalterado (el “pass-on”).

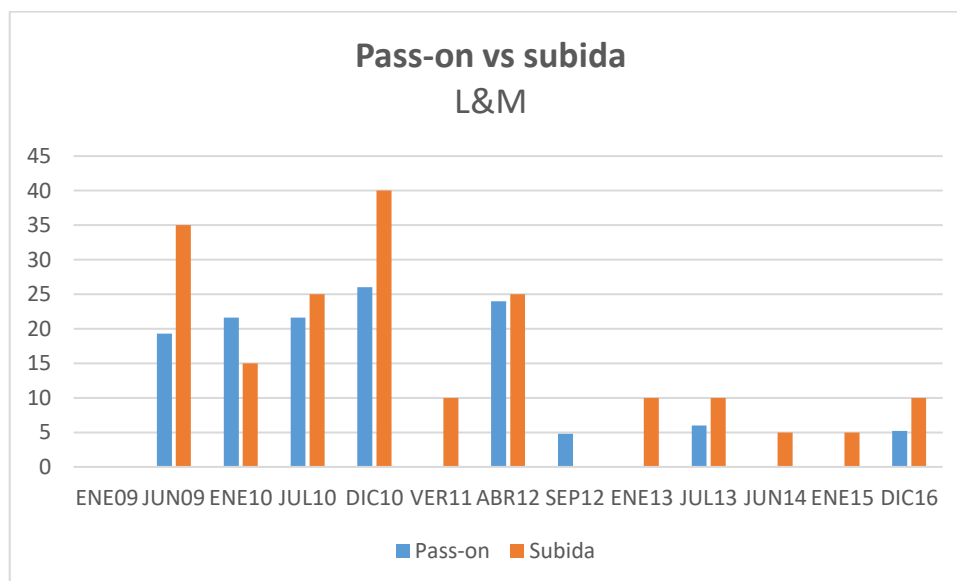
subiendo los precios en la misma cuantía. Y esta falta de lógica es especialmente difícil de entender si la idéntica subida de precios se realiza sin que haya habido previamente una subida de impuestos.

Esto es algo que se reproduce para las principales marcas de los grandes fabricantes independientemente del segmento analizado. De este modo, se muestran a continuación tres gráficos que repiten el análisis para algunas de las marcas más representativas de los segmentos “Premium” (Marlboro), “Low” (L&M) y “Super-Low” (Brooklyn Rojo/Azul) ¹⁵³.

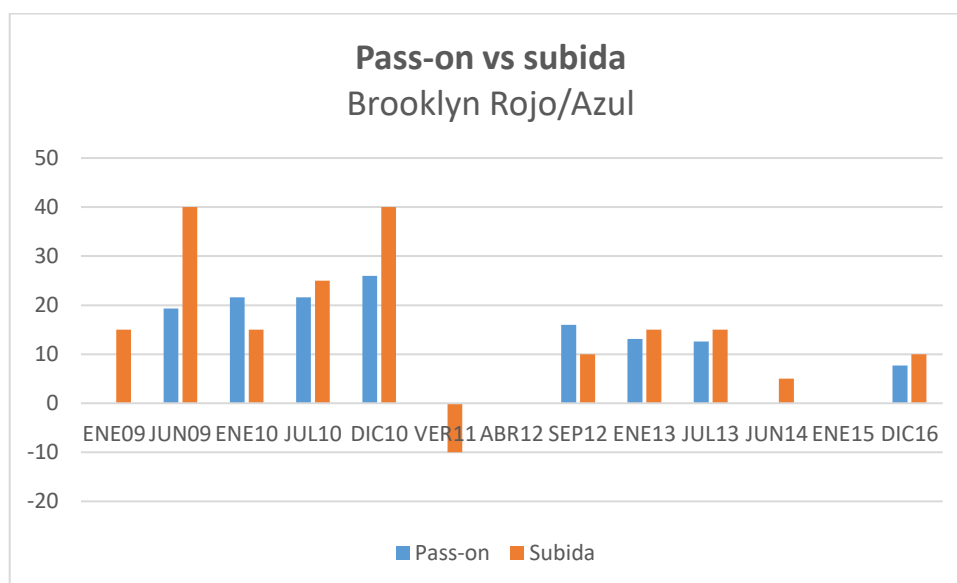


Fuente: Elaboración propia

¹⁵³ Aunque el análisis se centra en una marca por segmento, ello únicamente obedece a motivos de claridad expositiva, pudiendo generalizarse a las principales marcas de cada uno de los grandes fabricantes sin que las conclusiones se vean afectadas.



Fuente: Elaboración propia



Fuente: Elaboración propia

En la siguiente tabla se resume la información contenida en los anteriores gráficos, con el fin de comparar el “pass-on” y la modificación (normalmente, al alza) del precio de cada referencia en términos acumulados, entre enero de 2009 y diciembre de 2016¹⁵⁴:

PASS-ON	SUBIDA	DIFERENCIA
---------	--------	------------

¹⁵⁴ Unidades de medida: céntimos de euro por cajetilla de 20 cigarrillos.

BROOKLYN ROJO	137,90	180,00	42,10
L&M	128,50	190,00	61,50
CHESTERFIELD	100,90	190,00	89,10
MARLBORO	103,40	195,00	91,60

Fuente: Elaboración propia

Como puede observarse, la diferencia más destacable entre los segmentos es que el “pass-on” será mayor para los de menor precio. Esto último es lógico, ya que cuanto menor sea el precio mayor será la incidencia de (i) los impuestos mínimos y (ii) el componente específico del impuesto especial, ya que representará un mayor porcentaje del precio cuanto menor sea este último. Teniendo en cuenta que el aumento de precios es similar entre fabricantes y segmentos, debido al ya acreditado paralelismo, se observa que la repercusión de los impuestos sobre los precios es mayor para los segmentos de mayor valor.

Aunque el análisis se centra únicamente en unas referencias concretas, estas conclusiones pueden extenderse en términos generales al resto de marcas, al menos a las principales marcas de cada fabricante que representan la práctica totalidad de sus respectivos ingresos y que han mostrado una evolución paralela a lo largo de los años.

Por lo tanto, se observa que, al menos desde el año 2008, coincidiendo con un contexto de desplome de la demanda de cigarrillos (reducción de las ventas en volumen a la mitad entre 2008 y 2017) e importantes cambios en las preferencias de los consumidores a la hora de satisfacer su necesidad de fumar, el mercado de cigarrillos se ha caracterizado por la ausencia de competencia entre los cuatro grandes fabricantes, materializada en un aumento en la estabilidad de sus respectivas cuotas (a nivel nacional y provincial) y un aumento continuado, generalizado y paralelo de los precios antes de impuestos de sus principales marcas.

Como se ha mencionado más arriba, por lo general, en los mercados uno de los principales parámetros competitivos es el precio. En el caso del mercado de cigarrillos, hay que tener en cuenta que la absoluta transparencia de precios y la rigidez que muestran (obligaciones de publicación y escaso uso de los precios como herramienta para competir), junto con las demás características del mercado (en especial, su elevada concentración), dejan apenas margen para la competencia

en precios y ello porque cualquier movimiento dirigido a rivalizar en precios puede ser inmediatamente identificado por los competidores y neutralizado.

En cualquier oligopolio estrecho, toda reducción de precios por parte de un operador con el fin de ganar clientes será conocida por sus competidores en un breve espacio de tiempo, por lo que éstos reaccionarán rápidamente reduciendo también los suyos para no perder dichos clientes, lo cual conducirá a un equilibrio final de mercado donde todos los operadores han reducido precios e ingresos respecto a la situación inicial. Por ello, anticipando los efectos finales de su reducción, los operadores tendrán pocos incentivos para reducir sus precios. Además, como se ha visto, las características del mercado (muy transparente, con precios únicos y públicos), facilitan la detección de las desviaciones, posibilitan su neutralización y con ello refuerzan la coordinación.

En el caso del mercado de cigarrillos, la evolución de los precios durante los últimos años confirma la escasa competencia en precios, pues, por los motivos señalados, cualquier iniciativa para desalinearse está abocada al fracaso y, por tanto, no llega ni a plantearse siquiera.

Si bien, como se ha indicado, este comportamiento correspondería al funcionamiento típico de cualquier oligopolio estrecho en el que las posibilidades de aplicar políticas comerciales agresivas se ven fuertemente contestadas por los propios integrantes del oligopolio, que reaccionan racionalmente a las estrategias de sus competidores para preservar sus beneficios, en el presente caso el intercambio de información acreditado ha aumentado la transparencia del mercado de manera artificial, facilitando la coordinación y contribuyendo de forma inequívoca a que se llegue a un escenario de falta de competencia como el descrito.

En primer lugar, evitando que la competencia en precios, ya de por sí restringida, se haya producido, aunque sea mínimamente (teniendo en cuenta el contexto de reducción de la demanda de tabacos). La eliminación de la (ya escasa) incertidumbre que existe en el mercado, gracias al intercambio de información denunciado, permite a las empresas tal conocimiento de la evolución de las ventas de cada potencial movimiento de los precios relativos que anula cualquier incentivo de los fabricantes para utilizar los precios como variable competitiva, lo que permite alcanzar un equilibrio sin la necesidad de incurrir en pérdidas de cuota de mercado y evitando la amenaza de guerras durante el periodo de ajuste a los nuevos precios. Al dejar de utilizar los precios como variable competitiva, se ha reforzado el paralelismo de precios, ya que el intercambio de información sell-in permite a los competidores que, en caso de que una empresa llegue a desviarse del resto de fabricantes, estos puedan comprobar inmediatamente los efectos sobre las ventas que tiene su estrategia, facilitando así que puedan contrarrestarla.

Asimismo, pueden lograr de forma más temprana un equilibrio de precios a un nivel superior del que podría haber resultado de la competencia.

Evidentemente, no resulta posible determinar cuál habría sido el precio resultante del mercado en ausencia de estos intercambios de información, pero lo que queda fuera de toda duda es que los fabricantes habrían incurrido en los costes derivados del riesgo y de la adaptación inherentes a cualquier subida de precios en un mercado competitivo, al carecer de garantías sobre las estrategias que adoptarían sus competidores.

Esta incertidumbre probablemente podría haber llevado a subidas de precios más conservadoras, ante el riesgo de tener que replantearse su estrategia en caso de que los competidores adoptaran estrategias muy diferenciadas. Así, podría esperarse razonablemente que los niveles de precios se hubieran situado a niveles inferiores (es decir, que hubieran aumentado en menor cuantía) o que, al menos, hubieran aumentado de manera más escalonada.

2.3. Efectos sobre otras variables competitivas

Adicionalmente, el acceso a la detallada información de ventas de cada fabricante posibilitado por el intercambio, junto con las características de mercado descritas, ha permitido que la competencia en cualquier variable comercial distinta del precio se encuentre también seriamente limitada.

En un contexto de máxima transparencia de las ventas de cada fabricante como el posibilitado por el intercambio descrito, las posibilidades de éxito de cualquier estrategia competitiva que persiga ganar clientes a los competidores (sea una reducción de precios, el lanzamiento de un nuevo producto, la recomposición de la cartera o el reposicionamiento de una marca o conjunto de marcas) se ve abocada al fracaso si los indicadores utilizados para evaluar el éxito de la misma (fundamentalmente, las ventas) son compartidos de manera instantánea con el resto de los competidores. Al conocer todos los fabricantes (tanto el que modifica su estrategia competitiva como sus competidores) de manera simultánea y cuasi inmediata los efectos que la misma tiene en términos de variación de las ventas, los competidores podrán a su vez reaccionar adoptando las medidas para contrarrestarla y con ello abortar cualquier posibilidad de que el que la promueve pueda aumentar sus ventas a expensas de los demás.

Aunque los fabricantes no puedan reaccionar inmediatamente al lanzamiento de campañas promocionales y nuevos productos, sí pueden modificar campañas o lanzamientos posteriores, así como realizar un seguimiento diario de sus efectos, algo que no sería posible en ausencia de la información intercambiada. Evidentemente, la coordinación entre los principales fabricantes de cigarrillos no

implica que éstos no tengan que realizar acciones promocionales, puesto que en caso de no hacer nada podrían perder cuota de mercado frente a aquellos fabricantes de menor tamaño que quedasen fuera de la mencionada coordinación. En línea con lo anterior, también hay que considerar que la inversión en acciones promocionales puede revelar la voluntad por parte de las empresas ya instaladas de reforzar las elevadas barreras de entrada existentes en este mercado, al contar con una cierta imagen de marca que les interesa mantener.

En tanto en cuanto la competencia en este mercado es un juego repetido (desafío por parte de un operador, respuesta de sus competidores, resultado/equilibrio final de mercado...) en el que todos llevan participando durante años, cualquier intento de desafiar el statu quo está abocado a no tener éxito y conduce a su vez a desincentivar su adopción de antemano.

Esto no hubiera sido posible sin la existencia del intercambio de información mantenido por los operadores durante años, dada la relevancia de la información intercambiada.

Como se ha descrito, tal intercambio les permite conocer la evolución de las ventas diarias de cada marca de cada fabricante por provincia, información sin la cual la posibilidad de detectar y contrarrestar estrategias competitivas como las descritas se vería gravemente dificultada, al reducir el tiempo que transcurre entre que una estrategia (cambio precios, nuevo producto, cambio del peso relativo de los productos dentro de la cartera, etc.) es puesta en práctica y el momento en que los competidores tienen conocimiento de los resultados de la misma en términos de aumento/disminución de las ventas o los ingresos del que la ha lanzado e impacto en sus propias ventas.

La conjunción de la práctica inexistencia de competencia en precios (por los factores apuntados), con la imposibilidad de competir mediante otras vías (posibilitada por el intercambio de información analizado), ha conducido en definitiva a un escenario de práctica ausencia de competencia en el mercado, en el sentido de ausencia de incentivo/interés de cada operador para ganar cuota a costa de sus competidores, dado que cada uno prevé que una estrategia comercial de estas características está abocada al fracaso.

Ello se refleja en los datos de la evolución del mercado en los últimos años, tanto en términos de cuotas (claramente fosilizadas), como de precios absolutos (siempre crecientes en mayor proporción que los impuestos) y relativos (inalterados), lo cual contrasta vivamente con la fuerte caída de las ventas y el sostenimiento relativo de los ingresos y apunta a que el mercado se ha estado comportando más como un monopolio que como un mercado en el que existe competencia.

C) Conclusión

A partir de las características y estructura del mercado de fabricación de tabacos descrito, el intercambio de información sobre ventas entre los principales fabricantes analizado en esta resolución ha permitido a las empresas eliminar la incertidumbre que había en relación con la única información de gran valor estratégico con la que las empresas podían competir como es el volumen de ventas de cigarrillos.

El conocimiento tan detallado, actual y frecuente por parte de las empresas de la demanda de cigarrillos ha permitido que el mercado de fabricación de tabaco experimentara una estabilidad de las cuotas de mercado de las principales empresas que no se corresponde con la dinámica que cabría esperar en un mercado competitivo. El intercambio también ha disminuido los incentivos de las empresas para utilizar los precios como herramienta competitiva, reforzando así el paralelismo de estos y permitiendo a las empresas situar los precios en niveles superiores a los que habrían resultado si hubiera competencia en el mercado. Ello cobra mayor relevancia en un escenario de desplome de la demanda como el ocurrido en el año 2008, por lo que la falta de volatilidad de las cuotas de mercado y el inmovilismo de las empresas permiten considerar que la información intercambiada ha sido fundamental para mantener el *statu quo* por parte de las empresas a partir del año 2008.

Han participado 16 fabricantes en el intercambio de información sobre ventas, pero lo cierto es que los efectos de las prácticas en el mercado se producen, como se ha señalado, por la información intercambiada por parte de los cuatro principales fabricantes de cigarrillos, PMS, ALTADIS, JTI y BAT, con una cuota conjunta del 95%. Mientras que la información intercambiada por parte del resto de fabricantes de cigarrillos, a través de LOGISTA, no ha tenido efectos relevantes en el mercado al tener éstos cuotas individuales inferiores al 2%.

Esta Sala se muestra conforme con la Dirección de Competencia, y considera que han participado en la infracción las empresas ALTADIS, JTI, JT INTERNATIONAL, S.A., PMS y LOGISTA.

Por lo que se refiere a BAT, en la medida en que se distanció de los intercambios de datos de ventas en el año 2012, su participación en la infracción habría prescrito, en virtud de lo establecido en el artículo 68 de la LDC.

4.2. En relación con el intercambio de información sobre precios. No acreditación de la infracción

La Dirección de Competencia considera en su propuesta de resolución que los hechos acaecidos en el año 2016 ponen de manifiesto una conducta de las empresas constitutiva de una infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE, consistente en un intercambio de información sobre políticas comerciales de precios en diciembre de 2016, independiente y adicional a la anterior.

Aunque la Dirección de Competencia no utiliza expresamente la calificación de infracción “única y continuada”, se desprende de su propuesta de resolución que la infracción ha sido así considerada por el órgano instructor. Asimismo, propone que se sancione igualmente por esta infracción a las empresas BRITISH AMERICAN TOBACCO ESPAÑA S.A., PHILIP MORRIS SPAIN, S.L., ALTADIS S.A., y COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A.

La dinámica general y predominante observada en relación con estos hechos evidencia una serie de intercambios de información de carácter bilateral, siempre entre LOGISTA y algún fabricante de tabacos, en los que la primera informa de la inmediata modificación de precios que llevará a cabo algún fabricante.

La obligada transparencia en precios que rige en el mercado de fabricación de tabacos es una particularidad que exige analizar las características de la información intercambiada y, en particular, el carácter confidencial o público de ésta en el momento en que se produce el intercambio considerado por la DC ilícito.

Las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (en adelante, Directrices de cooperación horizontal) señalan que por lo general no es probable que los intercambios de información verdaderamente pública constituyan una infracción de las normas de competencia.

Como ya se ha señalado en este expediente, el artículo 4.2 de la LOT impone a los fabricantes e importadores la obligación de comunicar con carácter previo cualquier modificación de precios al Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y al CMT a efectos de la publicación de los nuevos precios en el Boletín Oficial del Estado.

Aunque el CMT dispone de un mes para resolver sobre la publicación de los nuevos precios remitidos por los fabricantes, se ha constatado que generalmente resuelve el mismo día de la recepción de la solicitud del fabricante¹⁵⁵.

El mismo día en que el CMT resuelve sobre la modificación comunicada, el citado Comisionado remite la resolución a los siguientes destinatarios: al BOE para su publicación al día siguiente; a la Agencia Estatal de Administración Tributaria; a la Secretaría de Estado de Economía y a la Secretaría de Estado de Hacienda; a los distribuidores, entre ellos LOGISTA. A continuación, los distribuidores lo ponen en conocimiento de los estancos¹⁵⁶.

Es decir, como mínimo un día antes de hacerse oficial en el BOE la modificación de precios comunicada por un fabricante, esa información ya es conocida, al menos, por los destinatarios antes citados.

Por su parte, como ya se ha señalado, los hechos acreditados describen una dinámica de comportamiento que se repite con carácter previo a la publicación en el BOE de algunas modificaciones de precios realizadas en el año 2016 y, por lo tanto, después de que los mismos fueran notificados al CMT. Esta dinámica consiste, con carácter general, en la comunicación de LOGISTA a algún fabricante de la inminente modificación de precios que se va a producir por algún competidor. En algunos casos, LOGISTA informa sobre el importe de la modificación y en otros casos, únicamente informa sobre el hecho de que se producirá una modificación sin especificar la cuantía de la misma.

En un mercado regido por la falta de transparencia y publicidad inminente de precios este tipo de intercambios de información merecerían un reproche sancionador sin la necesidad de realizar, siquiera, un análisis de los efectos derivados de este intercambio, toda vez que el intercambio de información sobre precios futuros constituye una infracción *per se* de las normas de competencia.

Sin embargo, el momento temporal en que se suele producir este intercambio de información entre LOGISTA y algún fabricante –uno o dos días antes de la publicación en el BOE de la modificación, y casi siempre una vez que el precio ha sido comunicado al CMT y este ha informado a la AEAT, a la Secretaría de Estado,

¹⁵⁵ Respuesta del CMT, de fecha 7 de febrero de 2018, sobre las fechas de recepción de solicitudes y de remisión para publicación en el BOE de las resoluciones de precios del CMT (folios 5822 a 5825).

¹⁵⁶ Véanse los folios 1063, 1067 y 1152.

al BOE y a los distribuidores—, no permite acreditar suficientemente que la información intercambiada constituye un intercambio de información contrario a la competencia.

Adicionalmente, en el contexto descrito, no consta acreditado que el precio notificado por el fabricante al CMT no fuera un precio firme ni tampoco consta acreditado que éste haya sido modificado en este período de tiempo o no se haya publicado finalmente. En este sentido, de acuerdo con la información que obra en el expediente, todos los precios notificados al CMT han sido siempre publicados en el BOE sin modificaciones.

Así pues, el análisis de los hechos permite a esta Sala concluir que en la mayoría de los supuestos el intercambio se ha producido en general en relación con una información cuyo carácter confidencial no ha podido ser acreditado con la contundencia que exige un procedimiento sancionador de estas características y esta falta de concreción de un elemento esencial del ilícito en un asunto como el analizado impide a esta Sala considerar acreditada la infracción propuesta por la Dirección de Competencia.

En consecuencia, esta Sala considera que no consta suficientemente acreditada la infracción consistente en el intercambio de información sobre políticas comerciales de precios en diciembre de 2016.

De todos modos, y aunque en el presente caso no se haya podido acreditar suficientemente, todo ello no quiere decir que, en su caso, tales conductas analizadas no puedan resultar reprobables o no puedan perjudicar seriamente el correcto funcionamiento del mercado, ahondando en los problemas señalados ocasionados por el intercambio de información sobre ventas acreditado. Por ello, la valoración de esta conducta concreta por parte de la Sala lo es sin perjuicio de que, ante la existencia de nuevas evidencias relacionadas con intercambios de información sobre precios o cualquier otro mecanismo de vigilancia o disciplina en el proceso de determinación de los precios, pueda incoarse un nuevo expediente sancionador.

Finalmente, en lo que se refiere a los hechos que, según la Dirección de Competencia, evidencian un comportamiento de PMS consistente en la señalización de precios a través de los medios de comunicación con la intención de presionar a un competidor (ALTADIS) para que modifique su política de precios, esta Sala, bajo rigurosa aplicación de los principios que guían el ejercicio de la potestad sancionadora, considera que no existe acreditación suficiente de que dicha conducta forme parte de un intercambio de información sobre precios, tal y

como ha sido calificado por el órgano de instrucción. Sin embargo, no cabe descartar que esta conducta, por sí misma, pudiera calificarse como señalización de precios en el caso de que se acreditaran suficientemente todos sus elementos¹⁵⁷.

4.3. Duración de la conducta. El carácter único y continuado de la infracción

Es profusa la jurisprudencia, nacional y de la Unión Europea, que viene señalando que la imputación de una infracción única y continuada debe estar precedida de la concurrencia de los siguientes requisitos¹⁵⁸: i) que la conducta obedezca a la existencia de una pluralidad de actos llevados a cabo por los mismos sujetos responsables, próximos en el tiempo, y que obedezcan a una práctica homogénea en el *modus operandi* por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares; ii) que la actuación de los responsables se produzca en ejecución de un plan previamente concebido; iii) que exista unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza. En cuanto a la continuidad de la conducta, la jurisprudencia únicamente exige que no haya grandes saltos temporales de inactividad o falta de pruebas del mantenimiento de los acuerdos anticompetitivos¹⁵⁹.

A tenor de los citados requisitos, resulta evidente que la infracción analizada en el presente expediente constituye una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE.

Consta acreditada la duración de la infracción desde el año 2008, fecha en la que el intercambio de información sobre ventas empezó a desplegar sus efectos restrictivos en el mercado de fabricación de tabacos, hasta el año 2017, fecha en la que se acordó el inicio del presente procedimiento sancionador.

¹⁵⁷ Decisión de la Comisión Europea de 7 de julio de 2016 (Asunto AT.39850 Transporte marítimo de contenedores).

¹⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, Asunto C- 441/11, apartado 41; sentencias de la Audiencia Nacional de 5 de febrero de 2013 y de 29 de julio de 2014 (recurso nº 172/2013).

¹⁵⁹ Entre otras, Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Octava), de 19 de mayo de 2010 (asunto T-18/05); Sentencia del TJUE de 7 de enero de 2004 (asuntos acumulados C-204/00 p, C- 211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 p), Sentencias de la Audiencia Nacional 21 de febrero de 2013 y de 19 de junio de 2013.

La continuidad de la infracción resulta evidente si tenemos en cuenta que el intercambio de información ha sido con carácter diario y los efectos, como se ha señalado, se han hecho evidentes desde el año 2008 sin que se observe a partir del citado año una alteración del *statu quo* de las empresas incoadas.

Todas las empresas incoadas han sido fundamentales para la articulación y eficacia del sistema de intercambio de información estratégica. Se trata de un sistema de intercambio de información en el que participan activamente las empresas fabricantes y LOGISTA, siendo ambas partes necesarias para la consecución de los objetivos que con él se persiguen. LOGISTA facilita la información sobre ventas con el consentimiento de todos los fabricantes y estos acceden a la información para consultar los datos estratégicos del resto de competidores. Sin la participación de los principales fabricantes de tabaco y de LOGISTA no hubiese sido posible el éxito del sistema concertado.

La eficacia de la estrategia requiere tener un conocimiento de las ventas diarias del resto de empresas que operan en el mercado y, en particular, de las principales empresas del sector. Ello ha sido posible gracias al carácter recíproco del intercambio de información, de tal manera que se hace necesaria la participación de todas o la mayoría de las empresas para que el sistema tenga plena efectividad y de ahí que podamos hablar de la existencia de una estrategia común e indivisible por parte de las empresas que han participado de una manera u otra en el mismo.

Las empresas fabricantes han conseguido con ello eliminar la incertidumbre en el mercado sobre un elemento esencial para la estrategia de cualquier empresa como es el volumen de ventas con el consiguiente efecto consistente en mantener estables sus respectivas posiciones en el mercado durante un largo periodo de tiempo. En esa estrategia ha sido esencial la participación de LOGISTA al convertirse en la empresa que facilita todo el intercambio y cuyo objetivo es el mismo que el de las otras empresas, perpetuar su situación privilegiada en el mercado, objetivo que como se ha señalado ha conseguido la citada empresa. Por otro lado, la relación empresarial entre ALTADIS y LOGISTA permite concluir la existencia de intereses de LOGISTA que van más allá de los suyos propios que se extienden al mercado de fabricación a través de su matriz.

Todas las empresas incoadas, a excepción de BAT cuya participación finalizó en el año 2012, han participado en la conducta con la misma intensidad y durante todo el periodo infractor (2008 a 2017) y han sido conscientes de que el resto de empresas accedían al mismo tipo de información facilitada por LOGISTA por lo que debieron tener pleno conocimiento y consciencia, como se ha demostrado, de que

estaban formando parte de una estrategia conjunta con la intención y efectos ya señalados.

4.4. Análisis de la culpabilidad

Habiendo quedado acreditadas y calificadas las conductas como contrarias a la LDC, el artículo 63.1 de la LDC condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de multas por parte de la autoridad de competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada.

En efecto, en el ámbito del derecho administrativo sancionador¹⁶⁰ no tiene cabida la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, siendo imprescindible el elemento de culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable al sujeto pasivo autor de la conducta.

Así se interpreta la expresión recogida en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)¹⁶¹, cuando establece que sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos, debiendo necesariamente imputar dicha responsabilidad a título de dolo o culpa, entendida ésta como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

Esta Sala considera que ha quedado acreditado que las empresas responsables de las infracciones conocían y eran conscientes de la ilicitud de las conductas llevadas a cabo.

La información intercambiada por las empresas resulta de un innegable valor empresarial de ahí que las Directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal reconozcan expresamente que los datos sobre precios y cantidades suele ser la información más estratégica de las empresas. No cabe, por tanto, considerar que las empresas no fueran conscientes de la importancia y de los efectos que podía provocar el sistema ideado por todas ellas.

¹⁶⁰ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004.

¹⁶¹ Hoy artículo 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

A excepción de BAT, no ha existido un distanciamiento público de las empresas rechazando el sistema de intercambio de información y, en consecuencia, debe presumirse la aquiescencia de las empresas al mismo.

La particularidad del sistema exigía, además, que las empresas adoptaran una actitud activa en el acceso a la información, toda vez debían acceder a la plataforma de LOGISTA con las claves ofrecidas por ésta, para poder obtener la información propia y la de sus directos competidores.

Existen varios elementos que permiten considerar que las empresas eran conscientes de que estos intercambios de información podían resultar ilícitos.

El hecho de no haber recogido expresamente este servicio de información en los contratos de distribución, la negativa de BAT a continuar participando en los intercambios de información y la reacción del resto de empresas consistente en dejar de compartir los datos con BAT a partir de ese momento, son claras evidencias de que las empresas perseguían ocultar sus conductas y de que consideraban que la información intercambiaba era de gran valor estratégico para ellas. Por ello basaban su participación en el sistema de intercambio de información en la reciprocidad mutua.

Además de las circunstancias descritas, existe en este expediente una prueba de gran valor consistente en las propias consideraciones de las empresas sobre la licitud el servicio de información ofrecido por LOGISTA.

La propia LOGISTA en su informe de 2001 citado en los hechos acreditados (folios 4016 a 4036), consideró que *“La información facilitada por LOGISTA presenta un alto grado de detalle (por marca y por tipo, en el ámbito nacional y regional) con respecto a los suministros de los fabricantes de tabaco a los estancos. Además, el mercado de tabaco español se caracteriza por un alto grado de concentración”, “el intercambio actual de información presenta riesgos de ser contrario a la competencia”*.

Por su parte, ALTADIS en el año 2013 se refirió a la posibilidad de que estas prácticas obedecieran a un sistema “hub and spoke”¹⁶²: *hay razones que aconsejarían no cruzarnos ningún documento con Logista sobre este asunto, a riesgo de que pudiesen ser mal interpretados por nuestras autoridades de competencia, en el sentido de que los fabricantes tienen montado un Sistema de*

¹⁶² Correo electrónico de fecha 8 de enero de 2013 remitido por el Director Jurídico de ALTADIS) a la Directora de Asuntos Corporativos y Legales de ALTADIS, con el asunto “Ventas Logista – BAT” aportado por ALTADIS en contestación al requerimiento de información de la DC (7818 a 7820)

intercambio de datos a través y que ésta no es más que un instrumento para facilitarse datos entre uno y otro (el “hub and spoke” – el eje y los radios). Creo que el propio hecho de que no exista un contrato en el que se regulen las condiciones de la información, frecuencia, etc.... y se funcione simplemente abonando las facturas que nos van girando por “información” da que pensar”.

PHILIP MORRIS hizo referencia a los “*potenciales riesgos legales*” derivados del intercambio de esta información en un correo electrónico interno en el que señaló la necesidad de sopesar los beneficios de recibir la misma¹⁶³.

Todos estos factores conducen a la conclusión de que las empresas conocían que su actuación no podía ser conforme con las más elementales reglas de la sana competencia entre competidores, de ahí que quepa considerar la concurrencia del elemento volitivo de la conducta por parte de las empresas.

4.5. Autoría y responsabilidad de las empresas

Se consideran autores y responsables de la infracción a las empresas LOGISTA, PMS, ALTADIS y JT INTERNACIONAL IBERIA.

Como ya se ha señalado anteriormente, todas las empresas responsables han sido fundamentales para la implementación y efectividad del sistema de intercambio de información sobre ventas. En el caso de LOGISTA, sin embargo, cabe destacar su papel en la difusión de la información de todos los fabricantes y en la puesta a disposición de la plataforma que ha servido de canal de acceso a los fabricantes para consultar los datos de ventas del resto de competidores.

Con independencia del mercado en el que opera LOGISTA, lo cierto es que ha participado activamente, en coordinación con el resto de empresas, en la infracción cuya finalidad ha sido restringir la competencia en el mercado de fabricación de tabacos y, en consecuencia, cabe atribuirle un papel fundamental en la voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado, por lo que debe ser considerada autora y responsable en la misma medida que las demás empresas. El hecho de que LOGISTA no participe en el mercado de fabricación de cigarrillos no resulta impedimento para imputarle la infracción tal como ha señalado la jurisprudencia comunitaria. Véase en este sentido, la Sentencia del Tribunal de

¹⁶³ Es traducción libre del texto original “*the trade information obtained through Logista in terms of added value for the company and potential legal risks*”. Correo electrónico interno de PMS, de fecha 5 de julio de 2012, remitido por el Director Jurídico al Director Financiero y al Director Financiero con el asunto “Provision of Logista Data to 3rd party” (folio 5647).

Primera Instancia de fecha 8 de julio de 2008 (asunto T-99/04) que señala lo siguiente:

“122. En ese aspecto, las fórmulas utilizadas por la jurisprudencia «voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado» (sentencia Bayer/Comisión, citada en el apartado 118 supra, apartado 67) o «expresión de la voluntad común de los participantes en el acuerdo sobre su comportamiento en el mercado común» (sentencia ACF Chemiefarma/Comisión, citada en el apartado 23 supra, apartado 112) tienden a poner de relieve el elemento de la «voluntad común» y no exigen una plena coincidencia entre el mercado pertinente en el que opera la empresa «autora» de la restricción de la competencia y el mercado en el que se considera que esa restricción se materializa. De ello deriva que toda restricción de la competencia en el mercado común puede corresponder a un «acuerdo entre empresas» en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1. Dicha conclusión se confirma por el criterio de la existencia de un acuerdo que tenga por objeto restringir la competencia dentro del mercado común. Ese criterio implica que una empresa puede infringir la prohibición establecida por el artículo 81 CE, apartado 1, cuando su comportamiento, tal como se coordine con el de otras empresas, tiene la finalidad de restringir la competencia en un mercado pertinente específico dentro del mercado común, sin que ello requiera necesariamente que la misma empresa opere en ese mercado pertinente.

145. Pues bien, por una parte, el Tribunal de Primera Instancia considera que, en relación con la reiterada jurisprudencia mencionada en los apartados 115 a 128 anteriores, los términos «acuerdos entre empresas» que figuran en el artículo 81 CE, apartado 1, constituyen una expresión suficientemente precisa de la concepción de cartel y de autor de la infracción, descrita en el apartado 128 anterior, en cuanto dichos términos designan a toda empresa que se comporta de forma colusoria, con independencia del sector de actividad o del mercado pertinente en los que opera, para permitir que dicha empresa no pueda ignorar, incluso pueda advertir, que se arriesga a una acción sancionadora en el caso de que adopte tal comportamiento”.

En lo que se refiere a la responsabilidad de BAT, su participación en la infracción habría finalizado en el año 2012 cuando la empresa decidió distanciarse de los intercambios de datos de ventas, por lo que, de conformidad con el artículo 68 de la LDC su participación habría prescrito.

En relación con JT INTERNATIONAL, S.A., se debe declarar el archivo provisional de las actuaciones seguidas contra la citada empresa, al no haber podido ser

efectivamente notificada a través de la oportuna vía diplomática de su incoación e imputación en el presente expediente.

QUINTO. RESPUESTA A LAS ALEGACIONES E INFORMES ECONÓMICOS PRESENTADOS A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN Y OTRAS CUESTIONES PLANTEADAS EN LA FASE DE RESOLUCIÓN

5.1. Sobre la adopción de un segundo pliego en la fase de instrucción del procedimiento

Una de las alegaciones que comparten las empresas incoadas consiste en mantener que la adopción de un segundo pliego de concreción de hechos por parte del órgano instructor vulnera el procedimiento legalmente establecido y les sitúa en una posición de indefensión.

Las empresas consideran que con esta actuación la Dirección de Competencia se ha extralimitado en sus funciones al elaborar una propuesta de resolución encubierta.

Asimismo, consideran que la Dirección de Competencia ha utilizado un segundo pliego de concreción de hechos para imputar nuevos hechos no previstos en el primero utilizando para ello las propias alegaciones de las empresas presentadas durante la instrucción del procedimiento.

Respuesta de la Sala

El debate debe centrarse en primer lugar, en si la adopción de un segundo pliego por parte de la Dirección de Competencia constituye una vulneración del procedimiento sancionador legalmente establecido en las normas reguladoras del mismo.

Existe una jurisprudencia muy consolidada que considera que para declarar el vicio consistente en la omisión del procedimiento legalmente establecido es necesario que se prescinda total y absolutamente del mismo no bastando la infracción de algunos de sus trámites esenciales.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1988, así lo confirma al señalar lo siguiente:

“La jurisprudencia tiene igualmente declarado -Sentencia de 4 de octubre de 1986 (RJ 1986v4)-que es necesario que se prescinda «total y absolutamente» del procedimiento legalmente establecido para que se dé el supuesto, pues

no basta que se infrinja alguno de los trámites esenciales del procedimiento, ya que el adverbio o locución adverbial «total y absolutamente» recalca la necesidad de que se haya prescindido por entero o de un modo terminante del procedimiento fijado en la Ley, exigencia que se comprende por la trascendencia que comporta para la seguridad jurídica la invalidez radical del acto. Ahora bien, la inexistencia de nulidad absoluta no impide que pueda incurrirse en nulidad relativa o anulabilidad, conforme al artículo 48.2 de la citada Ley, si el acto carece de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o da lugar a la indefensión del interesado, siempre que en estos casos, por la relatividad del vicio de forma, no sea posible su subsanación a lo largo del procedimiento administrativo, o posteriormente en trámite de recurso en dicha vía o incluso después en la jurisdiccional.”

A partir de la premisa descrita se impone la necesidad de analizar si el segundo pliego adoptado por el órgano instructor constituye un quebranto del procedimiento sancionador susceptible de generar el vicio de nulidad pretendido por las partes.

Nada dice la LDC y el reglamento que la desarrolla en relación con la posibilidad o no de poder adoptar en el marco del procedimiento sancionador un segundo pliego de concreción de hechos. La citada Ley se limita a señalar en el artículo 50.3 relativo a la instrucción del procedimiento sancionador que “3. Los hechos que puedan ser constitutivos de infracción se recogerán en un pliego de concreción de hechos que se notificará a los interesados para que, en un plazo de quince días, puedan contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes”.

A partir de la lectura del citado precepto se pueden obtener varias conclusiones en relación con este trámite procedimental. En primer lugar, se trata de un trámite que se desarrolla en la fase de instrucción del procedimiento sancionador por lo que su adopción debe realizarse con anterioridad al cierre de la citada fase por parte del órgano instructor. Se trata, además, de un documento de gran importancia dentro del procedimiento toda vez que permite a las partes conocer los hechos que se imputan a las empresas y la valoración sobre los mismos que realiza en ese momento la Dirección de Competencia. Asimismo, cabe destacar que con este trámite se permite a las empresas participar en el debate jurídico al concederles la Ley un plazo de 15 días para rebatir los argumentos del órgano instructor y presentar las pruebas que consideren oportunas en apoyo a sus alegaciones.

La fase de instrucción tiene como finalidad principal, tal como señala el artículo 50 de la LDC, practicar todas las actuaciones necesarias para el esclarecimiento de

los hechos y la determinación de las responsabilidades, por lo que cualquier actuación del órgano instructor encaminada a esta finalidad dentro de la citada fase, incluida la emisión de un segundo pliego, preservando los derechos de defensa de las partes no puede ser merecedor, a juicio de esta Sala, de un reproche de nulidad.

En este caso, la adopción de un segundo pliego en la fase de instrucción del procedimiento ha obedecido, tal como ha indicado la Dirección de Competencia, a la necesidad de incoar a una nueva empresa, imputar una nueva infracción a BAT y aclarar y mejorar la valoración de los hechos y la calificación de los mismos y esta actuación se corresponde, a juicio de esta Sala, con esa finalidad prevista en la norma encaminada al esclarecimiento de los hechos y concreción de las responsabilidades.

Este parecer coincide con el del propio Tribunal Supremo en su sentencia de 31 de marzo de 2010 (recurso 2/2009), al permitir al órgano instructor la adopción de un segundo pliego de cargos no previsto expresamente en la norma, que agrava además la calificación de la infracción, bajo el sustento de que este proceder refuerza las garantías de defensa para la entidad sancionada. El Alto Tribunal realiza las siguientes reflexiones:

“La parte actora formula una queja de naturaleza procedimental consistente en la supuesta irregularidad de que se formulase un segundo pliego de cargos en el que precisamente se habría introducido la infracción muy grave contra la que se recurre. Tal como se ha resumido más arriba, se aduce que dicha posibilidad no está prevista en la norma reguladora del procedimiento, que supone una invasión de competencias de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales por parte del instructor y que con ella se habría vulnerado el derecho de defensa de la entidad sancionada al modificar irregularmente la imputación inicial.

No es posible admitir la tesis de la demandante. En efecto, el hecho de que el instructor formulase un segundo pliego de cargos en vez de redactar directamente la propuesta de resolución, aun no estando previsto expresamente en la norma reguladora del procedimiento, no supone ni una indebida asunción de competencias por parte del instructor, ni una infracción procedimental ni, en último término, ha supuesto una minoración del derecho de defensa, sino, muy al contrario, un claro reforzamiento de las garantías de defensa para la entidad sancionada.

Ahora bien, si ante los hechos y circunstancias puestos de manifiesto tras la formulación del pliego de cargos, el instructor decide reformularlo con nuevo

trámite de alegaciones para la entidad imputada en vez de redactar ya la propuesta de resolución, ello sólo puede redundar en beneficio del derecho de defensa.

Por lo que la reformulación del propio pliego de cargos al objeto de recoger más fielmente lo que resulta de las alegaciones formuladas por el imputado o de cualesquiera otras circunstancias que vengan a conocimiento del instructor, se mantiene plenamente dentro de su función y competencias procedimentales.

El que no se contemple expresamente la formulación de un nuevo pliego de cargos no supone que el hacerlo implique una infracción procedimental. La norma establece lo que constituye el procedimiento ordinario, que prevé la elaboración de la propuesta de resolución tras el pliego de cargos y las alegaciones de la parte; pero siendo el pliego de cargos el trámite en el que se fijan los hechos, entra dentro de la lógica del procedimiento y de una mayor garantía del derecho de defensa que el instructor pueda, en su caso, reformularlo, antes de preparar la propuesta de resolución. Esto es, la falta de previsión expresa no impide una actuación que no es sino una adaptación a las circunstancias concretas del caso -la percepción por parte del instructor de nuevos hechos relevantes para la imputación- y que no pasa de ser la reiteración de una fase procedimental expresamente contemplada en la norma”.

También la Audiencia Nacional ha validado la facultad del órgano instructor para adoptar un segundo pliego como consecuencia de la ampliación de la incoación en numerosas sentencias recaídas entre noviembre de 2016 y marzo de 2017¹⁶⁴.

En consecuencia, la adopción de un segundo pliego de concreción de hechos adoptado por la Dirección de Competencia durante la fase de instrucción del procedimiento no constituye una vulneración del procedimiento legalmente establecido, ni siquiera, de los trámites esenciales que ordenan el procedimiento sancionador.

¹⁶⁴ Sentencias de la Audiencia Nacional de 25 de noviembre de 2016, Rec 209/2013; de 26 de enero de 2017, Rec 228/2013; de 24 de febrero de 2017, Rec 215/2013; de 9 de marzo de 2017, Rec 178/2013; de 17 de marzo de 2017, Rec 191/2013; de 23 de marzo de 2017 Rec 218/2013; de 28 de marzo de 2017, Rec 211/2013; de 29 de marzo de 2017, Rec 188/2013.

Una vez aclarada la cuestión relativa a la posibilidad de emitir un segundo pliego de concreción de hechos en la fase de instrucción del procedimiento, conviene ahora detenerse en el análisis de la posible vulneración de los derechos de defensa alegados por las empresas.

Como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo¹⁶⁵ *“la indefensión, como vicio procedimental invalidante, ha de tener un carácter material y no meramente formal. Para que la omisión de un trámite genere indefensión con efectos anulatorios debe haber dejado al administrado en una situación tal que le haya sido imposible alegar o defenderse, con exposición de cuál hubiera sido la situación a la que podría haberse llegado de cumplirse los requisitos legales”*.

Esta Sala no aprecia la vulneración del derecho de defensa alegado por las partes, toda vez que las empresas han tenido la oportunidad de presentar alegaciones y proponer prueba hasta en dos ocasiones contra el segundo pliego de concreción de hechos en el marco del procedimiento sancionador y de presentar el recurso judicial pertinente y ello es garantía de defensa suficiente en aplicación de la jurisprudencia citada.

Esta indefensión además no puede estar sustentada en la idea de que el nuevo pliego incorpora nuevos hechos, realiza una calificación distinta o agrava la imputación inicial de las empresas.

Como ya ha señalado la Dirección de Competencia en su propuesta de resolución la elaboración de un nuevo pliego de concreción de hechos obedeció a la necesidad de imputar a JTI y además aclarar y mejorar la comprensión del primer pliego de concreción de hechos. En relación con este segundo motivo es oportuno recordar que LOGISTA y JTI solicitaron una aclaración del primer pliego por considerar que no era lo suficientemente claro en la exposición de los hechos, en la valoración jurídica de los mismos y en la calificación de la infracción.

Aunque el segundo pliego introduce cambios significativos de estilo y comprensión, lo cierto es que no incorpora nuevos hechos que supongan una alteración sustancial de los anteriores ni agrava la responsabilidad de las empresas previamente incoadas. En relación con BAT el nuevo pliego le imputa una nueva

¹⁶⁵ Por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2007 (recurso de casación 2405/2004).

infracción consistente en el intercambio de información sobre estrategias de precios en el año 2016.

Conviene aquí significar que en la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2010, el Alto Tribunal ha permitido que la reformulación del propio pliego de cargos recoja más fielmente lo que resulta de las alegaciones formuladas por el imputado o de cualesquiera otras circunstancias que vengan a conocimiento del instructor y que el nuevo pliego pueda agravar la situación inicial del responsable de la infracción sin que ello menoscabe en modo alguno el derecho de defensa”¹⁶⁶.

En este caso, no obstante, no se aprecia en el nuevo pliego de concreción de hechos una alteración de los términos del debate y la nueva calificación de la infracción (de una a dos infracciones) no agrava la posición anterior de las empresas. Con la excepción de BAT, el nuevo pliego no imputa nuevos hechos a las empresas previamente incoadas que no constaran anteriormente en el expediente y, además, reduce el periodo total infractor para cada una de ellas.

Pero es que, en todo caso, el debate sobre el perjuicio que pudiera derivarse de la nueva calificación contenida en el segundo pliego en este momento carece de virtualidad, toda vez que esta Sala ha considerado que la infracción consistente en el intercambio sobre precios no consta acreditada, por lo que no sería posible apreciar un perjuicio real y efectivo, tal como exige el Tribunal Constitucional¹⁶⁷, que pudiera derivarse del segundo pliego en relación con estos hechos y con esta infracción.

5.2. Sobre la reducción de la transparencia en el mercado como consecuencia del intercambio de información entre las empresas

ALTADIS, JTI y PMS señalan en sus alegaciones e informes económicos que la Dirección de Competencia considera erróneamente que cualquier información que se intercambie en un mercado de las características que tiene el de fabricación de tabacos aumenta el grado de transparencia y, en consecuencia, estos intercambios deben ser considerados anticompetitivos.

¹⁶⁶Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2010 (recurso 2/2009).

¹⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1986, de 23 de abril, Sentencia del Tribunal Constitucional 233/2005, de 26 de septiembre y Sentencia del Tribunal Constitucional 130/2002, de 3 de junio.

En este sentido, ALTADIS alega que los informes económicos que ha presentado demuestran que los intercambios analizados ni facilitan ni hacen más probable la colusión ya que las Directrices sobre cooperación horizontal establecen que el valor de un intercambio de información es mayor en los mercados donde el nivel de transparencia preexistente es más bajo.

Respuesta de la Sala

En esta resolución ha quedado demostrado que el intercambio de información *sell-in* no está justificado en un mercado con un grado de transparencia tan elevado como el que muestra el mercado de fabricación de tabacos.

Existen referencias que defienden el efecto negativo sobre la competencia del aumento de la transparencia en mercados muy concentrados. La propia OCDE ha considerado¹⁶⁸, en atención a las conclusiones realizadas en la Decisión IV/31370 y 31.446 – UK Agricultural Tractor Registration Exchange, que incrementar el nivel de transparencia en un mercado muy concentrado impide la competencia residual entre los participantes del intercambio. Afirmar la OCDE en su informe que la capacidad del intercambio de información para facilitar la estabilidad de la colusión depende tanto de la dificultad de la coordinación en el mercado como de la forma en la que la información intercambiada cambia esta situación. En mercados en los que la posibilidad de coordinación es elevada incluso un incremento pequeño de la transparencia derivado del intercambio de información podría facilitar un nivel significativo de coordinación.

Las empresas han conseguido, a través de los intercambios de información en el mercado de cigarrillos, una total transparencia de las ventas diarias por marcas y SKUs¹⁶⁹ en cada provincia y ello ha generado los efectos negativos para la competencia analizados en esta resolución.

No hay ninguna razón objetiva que permita a esta Sala considerar que el intercambio sobre ventas provoca eficiencias en el mercado sino más bien todo lo contrario, ya que ha permitido a las empresas adoptar una postura de inmovilismo durante un largo periodo de tiempo a través del cual estas consiguen perpetuar el *statu quo* y eliminar los incentivos para desviarse de los precios que establecen los

¹⁶⁸ OCDE (2010), *Information Exchanges Between Competitors under Competition Law*, DAF/COMP(2010)37. Páginas 38 y 283.

¹⁶⁹ SKU proviene de «stock-keeping unit» y se refiere al código identificativo de cada una de las marcas.

competidores, todo ello en un mercado en el que la competencia ya está muy debilitada dadas las características del mismo.

En este caso, como ya se ha señalado, no se trata de información con un relativo valor estratégico sino del conocimiento por parte de los competidores de la información más estratégica que pueden tener las empresas como son los precios y las ventas. La total transparencia en precios motivada por las obligaciones regulatorias y en ventas provocada por las empresas a través de las conductas aquí analizadas han reducido por completo la incertidumbre en el mercado con los efectos ya analizados en esta resolución.

5.3. Sobre la utilidad para las empresas de la información sobre ventas *sell-in*

ALTADIS, JTI y PMS consideran que la Dirección de Competencia no demuestra el vínculo causal que existe entre el intercambio de los datos *sell-in* y la supuesta evidencia de coordinación entre las empresas.

En sus respectivas alegaciones e informes económicos insisten en que la recepción de la información controvertida permite a los fabricantes comprobar y controlar si LOGISTA cumple con sus obligaciones derivadas del principio de neutralidad, asegurándose así de que no dispensa un trato más favorable al resto de las tabaquerías y, en particular, a ALTADIS. Asimismo, otra de las utilidades alegadas se refiere la posibilidad de comprobar y controlar si LOGISTA lleva a cabo los servicios logísticos que proporciona a los fabricantes de manera que les permita cumplir con las obligaciones que se les imponen en virtud del artículo 2.3 LOMT identificando situaciones de ruptura de stocks que podrían desencadenar un incumplimiento de su obligación de abastecimiento, como servicio público que se considera la actividad de expendeduría de labores de tabaco.

En lo que se refiere al contenido de la información y haciendo una comparación entre los datos *sell-in* y *sell-out*, las citadas empresas consideran que la primera (*datos sell-in sobre venta a los estancos*) no resulta idónea para estimar las ventas a los consumidores y en cambio la información *sell-out* (ventas de estancos a los consumidores) representaría mejor esos indicadores.

ALTADIS afirma que el desglose provincial de los datos sería irrelevante para evaluar los resultados de las estrategias de precio ya que los precios deben ser homogéneos en todo el territorio nacional. También considera irrelevantes estos datos para evaluar el impacto de las promociones ya que la mayoría de estas se realizan a nivel más local.

Respuesta de la Sala

En esta resolución ha quedado demostrado que la información *sell-in* ha sido esencial para mantener el *statu quo* porque sin ella los fabricantes no habrían tenido acceso a datos diarios y detallados tanto de sus propias ventas como de las de sus competidores. Solo habrían obtenido información sobre las ventas de algunas marcas a nivel nacional y a mes vencido, y las ventas por provincias totales de cada fabricante una vez al mes y ello es claramente insuficiente para llevar a cabo un seguimiento eficaz de las estrategias de los competidores.

El principio de neutralidad pretende garantizar que todos los fabricantes son tratados en igualdad de condiciones por los distribuidores, lo que se traduce en que los estancos cuenten con los productos de todos los fabricantes en todo momento y en cantidades adecuadas a su demanda. El incumplimiento de esta obligación implicaría que, en un determinado momento, los productos de un fabricante habrían sido discriminados frente a los de otro, lo que conllevaría la rotura de stock en los estancos del fabricante afectado.

Para la detección de estas conductas, sería suficiente con disponer de información sobre los propios productos y no información desglosada para cada una de las marcas de cada uno de los fabricantes competidores. Resulta evidente que el grado de detalle de esta información es excesiva para los fines supuestamente pretendidos por los fabricantes, de verificar el cumplimiento, por parte de LOGISTA, del principio de neutralidad.

En todo caso no compete a los fabricantes garantizar el cumplimiento de la obligación legal de neutralidad por parte de los distribuidores y los estancieros, ya que estas funciones de control corresponden al CMT. De hecho, LOGISTA ya suministra con frecuencia diaria datos sobre sus ventas al CMT, por lo que no se entiende en qué medida los fabricantes necesitan también recibir esa información.

Idéntica respuesta merece la alegación de JTI relativa a que los datos permiten optimizar los pedidos y controlar las roturas de stock, ya que, como se ha señalado hubiese resultado suficiente para este fin con disponer de los datos propios del fabricante e información agregada sobre el mercado y no de la información tan detallada finalmente intercambiada.

Asimismo, tampoco las ventas de LOGISTA constituyen el parámetro adecuado para detectar roturas de stock en los estancos, teniendo en cuenta que no existe una relación directa entre el nivel de ventas a los estancos y la disponibilidad de ese producto en los mismos.

En este sentido, hay que señalar que de cara a poder optimizar los pedidos, LOGISTA facilita diariamente a cada fabricante las existencias de cada uno de sus productos en cada uno de sus centros. Es decir, que cada fabricante puede gestionar su demanda en base a las ventas que efectúa su distribuidor, sin necesidad de descender en la cadena de distribución hasta el nivel de los estancos, y mucho menos con el detalle de cada uno de los productos de sus competidores.

LOGISTA gestiona 7 almacenes regionales y 53 tiendas provinciales y ello permite a los fabricantes disponer de suficiente grado de detalle acerca del abastecimiento de sus productos a nivel provincial, como para gestionar sus pedidos, al menos, con el mismo grado de eficiencia que con los datos *sell-in*.

En lo que se refiere a la utilidad de los datos *sell-in* en comparación con los datos *sell-out*, cabe señalar que si bien es cierto que los datos *sell-out* ofrecen información sobre ventas a consumidores finales, también presenta diversos inconvenientes frente a los datos *sell-in* que la hacen menos atractiva para las empresas: (i) la información es menos inmediata, ya que se recibe con una semana de retraso, (ii) la cobertura del mercado es menor, ya que únicamente se tiene información sobre las ventas de 2000 estancos (tal y como señala el primer informe de RBB) y además no se tienen en cuenta las ventas de cigarrillos a través de máquinas expendedoras, que representan un porcentaje muy importante de las ventas totales, y (iii) no se proporciona información sobre las ventas de productos de empresas competidoras.

Por otro lado, en relación con la afirmación de ALTADIS en la que señala que al aplicarse los mismos precios en todo el territorio nacional el desglose provincial de los datos es irrelevante, cabe señalar que esta circunstancia se debe a que las cuotas de mercado de cada empresa, las acciones promocionales y el propio comportamiento de los consumidores difieren de una provincia a otra, por lo que el efecto de las estrategias de precios no es el mismo a nivel provincial que a nivel nacional. En este sentido, la Dirección de Competencia ya manifestó que *“por más que las decisiones de precios y los lanzamientos de nuevos productos se tomen a nivel nacional, eso no impide que tener los datos desagregados provincialmente sea de gran utilidad para los fabricantes. Esto se debe a que la fortaleza de los operadores en las distintas provincias es dispar, con lo que tener los datos por provincias permite ver cómo difiere el impacto de las estrategias comerciales de cada fabricante (precio, promociones) en función del área geográfica o las dinámicas de los distintos mercados. De este modo, se busca aumentar la transparencia sobre un parámetro competitivo fundamental (las cantidades vendidas), que no es total, a diferencia de lo que sucede con los precios. Además,*

como se decía más arriba, se observa que muchas promociones de los fabricantes se producen a nivel local o provincial.”

Tampoco se afirma en la propuesta de resolución que las estrategias comerciales no tengan importancia, sino que no son tan relevantes en este mercado (al menos no tanto como el precio). Además, tampoco cabe considerar que la información *sell-in* sea irrelevante a la hora de evaluar el impacto de las promociones al realizarse estas a nivel más local. ALTADIS hace referencia al análisis de las promociones realizado en el Segundo Informe de RBB¹⁷⁰, según el cual la mayoría de promociones afectan a un número reducido de estancos, y además, la información *sell-in* no serviría para detectar variaciones en las ventas derivadas de una promoción. Sin embargo, las conclusiones de este informe no se pueden extrapolar a la totalidad del mercado.

En primer lugar, el informe sólo utiliza datos de ALTADIS de 2017 y 2018 y, en segundo lugar, los resultados varían dependiendo de la marca (mientras que para Fortuna la mayoría de las promociones afectarían a menos del 20% de los estancos, para el caso de Ducados la mayoría de las promociones afectarían a casi el 80%, y para West afectarían en torno al 50%).

5.4. Sobre la ausencia del análisis contrafactual

ALTADIS, JTI y PMS alegan que la Dirección de Competencia impide contrastar su teoría del daño con escenarios alternativos, ya que niega la comparabilidad entre los periodos pre- y post-2008, además de rechazar usar la comparativa con otro mercado geográfico de ámbito europeo.

ALTADIS señala que el hecho de que LOGISTA dejara de proporcionar información desagregada sobre BAT en 2013 no se ha traducido en ningún cambio significativo en el comportamiento de las cuotas o los precios, en contra de lo que cabría haber esperado si los intercambios de información hubieran tenido el efecto descrito en la propuesta de resolución.

Por otro lado, ALTADIS, JTI y PMS consideran que en la valoración de los efectos en el mercado provocados por el intercambio de información, la Dirección de Competencia no justifica el motivo por el que ha decidido excluir una comparativa con el mercado de picadura de liar, teniendo en cuenta que el intercambio de

¹⁷⁰ “Observaciones económicas al segundo PCH en el Expediente S/DC/0607/17 Tabacos”, realizado por RBB para ALTADIS con fecha 12 de diciembre de 2018 (folios 1428-14286).

información incluye también datos relativos a ese mercado y que no se han producido efectos negativos en el mismo.

Respuesta de la Sala

La Dirección de Competencia no rechaza la posibilidad de realizar un análisis contrafáctico pero considera, al igual que esta Sala, que comparar el comportamiento del mercado español de fabricación y distribución de cigarrillos con otro momento temporal en el que no se hubieran producido los intercambios de información investigados es sumamente complicado teniendo en cuenta que los intercambios llevan produciéndose prácticamente desde la liberalización parcial del mercado en 1998.

Asimismo, a juicio de esta Sala no sería posible la comparación con otros mercados geográficos de ámbito europeo. Como bien ha señalado la Dirección de Competencia cada mercado tiene sus propias particularidades, lo que hace que la dimensión geográfica del mercado que nos ocupa sea nacional.

En cuanto al rechazo del uso de BAT como referencia para determinar los efectos del intercambio de información, cabe señalar que BAT es la empresa más pequeña de las cuatro principales fabricantes, por lo que si los otros fabricantes siguen participando en los intercambios de información y cuentan con una cuota de mercado superior al 80%, BAT tiene poco margen para adoptar un comportamiento más agresivo. En todo caso, las empresas que han seguido participando en el intercambio de información han podido deducir fácilmente la cuota de mercado de BAT, lo que limitaría el éxito de las estrategias comerciales de esta.

Finalmente, como bien señalan las empresas los datos *sell-in* también incluyen información sobre ventas de picadura de liar, sin embargo, este mercado no es un buen referente para comparar el efecto de los intercambios de información con respecto al mercado de fabricación porque sus estructuras no son comparables.

El mercado de picadura de liar está repartido de forma más equilibrada entre las distintas empresas, ya que 7 fabricantes tienen una cuota superior al 5% en 2017 y el grado de concentración es inferior. Este contexto, al que se suma que el mercado de picadura no se ha visto afectado por el descenso de la demanda que se ha dado en el mercado de cigarrillos, hace que los efectos del intercambio de información *sell-in* sean menos probables en este mercado y no puede ser un referente que permita afirmar que los efectos del intercambio de información debieron ser los mismos en ambos mercados.

5.5. Sobre el paralelismo de los precios en el mercado

ALTADIS, JTI y PMS señalan que considerar, tal como hace la propuesta de resolución, que la competencia residual debería haber llevado a las SKU con más notoriedad (que serían las únicas que tendrían margen) a bajar sus precios hacia el límite inferior es un planteamiento incompatible con el funcionamiento del mercado.

Asimismo, las citadas empresas consideran que, en un contexto de reducción de la demanda y subida de impuestos, no hay ninguna razón para que los fabricantes se vean empujados a comprimir el espacio de diferenciación, ya que la estrategia racional de las empresas debería ser la discriminación de precios apoyada en la fidelidad individual de cada marca.

ALTADIS, por su parte, asegura que la propuesta de resolución no ha tenido en cuenta, al descartar el riesgo de canibalización de las ventas si las empresas no mantienen el diferencial de precios existente entre sus marcas, que el posicionamiento de precios de una marca determina el segmento de consumidores potencial al que se dirige.

Según ALTADIS, cuando una marca se reposiciona en un segmento de precios más bajo gana nuevos clientes, pero también pierde una parte de la base de clientes que tenía cuando se comercializaba a un precio superior (al devaluar su marca), lo que justificaría que los fabricantes cuenten con productos distribuidos en los distintos segmentos y mantengan un diferencial entre ellos. Esta circunstancia, junto con el suelo de precios motivado por la carga fiscal y la obligación de que los precios tengan que variar en múltiplos de 5 céntimos explica, según ALTADIS, que los precios evolucionen en paralelo.

Por otro lado, la citada empresa señala que el análisis de precios realizado en la propuesta de resolución se ha limitado al periodo posterior a 2013 y que si se hubiesen analizado periodos anteriores se podrían observar fluctuaciones del diferencial de precios entre segmentos más significativas toda vez que el año 2013 se introdujo el doble mínimo impositivo que podría explicar el mayor paralelismo observado después.

Finalmente, PMS afirma que el paralelismo de precios observado por la Dirección de Competencia no acredita la existencia de una conducta colusoria y que la la citada Dirección ha rechazado incorrectamente los modelos de Bertrand y Cournot que apoyarían esta conclusión.

Respuesta de la Sala

Esta Sala considera que la propuesta de resolución sí expresa claramente que en ausencia de los intercambios de información podría esperarse que los niveles de precios se hubieran situado a niveles inferiores o que, al menos durante los periodos de adaptación se hubieran observado más desviaciones de la conducta seguida por el resto de fabricantes o al menos subidas más escalonadas y no sistemáticamente paralelas. Además, la propuesta de resolución afirma que se habría esperado, en un contexto de reducción de la demanda, que las empresas hubieran utilizado la imagen de marca que las diferencia, en lugar de eliminarla, para competir y así evitar el paralelismo tan marcado de precios.

Por otro lado, no se ha descartado sin más el riesgo de canibalización de las marcas, sino que se ha considerado que la disminución del precio relativo de una referencia atraerá en su mayoría nuevos clientes de otros competidores y no únicamente consumidores de marcas propias.

En lo que se refiere a la evolución de los precios que plantea LOGISTA, la propia empresa aporta en su informe económico un gráfico¹⁷¹ en el que se puede observar claramente que los PVP sin impuestos (no indican si son precios medios o medios ponderados) aumentan mucho más después del comienzo de la crisis que antes. También muestra en otro gráfico los precios medios ponderados de cada fabricante en relación con los del líder, PMS, donde se puede observar que mientras que los otros fabricantes se acercan al líder entre 2008-2012, después se mantienen a la misma distancia, y además entre ellos siempre hay el mismo diferencial. Por tanto, no puede negarse el evidente paralelismo y estabilización de los diferenciales de precios, que además respetan la posición de líder de mercado.

Respecto a que el análisis de los precios se habría limitado a un periodo demasiado corto, esta Sala, en consonancia con la Dirección de Competencia, considera que no es necesario analizar todos los años ni todas las referencias para mostrar que los precios de los cuatro principales fabricantes se han movido de forma paralela. El análisis incluye, para un periodo de casi 10 años, las marcas más relevantes de cada fabricante para cada segmento de precios, que suponen más del 75% de las ventas del mercado. Por lo tanto, el análisis es suficientemente representativo.

Además, ALTADIS solo refleja en su análisis los diferenciales, no los precios reales. Estos diferenciales, pese a que fluctúan ligeramente, a largo plazo se mantienen prácticamente invariables. Solo se observaría un aumento en el segmento

¹⁷¹ Ver Figura 1 (página 9) del Tercer Informe de Compass para LOGISTA.

Premium, aunque si se tiene en cuenta que es el segmento de mayores precios y márgenes, esto únicamente refuerza la tesis de que se aprovechan tanto de la imagen de marca como de los intercambios de información para subir precios (no hay que olvidar que en este segmento la evolución es marcadamente paralela).

En lo que se refiere a la alegación consistente en que la Dirección de Competencia no ha reconocido la ausencia de efectos tras admitir que la tasa de repercusión de un aumento de impuestos puede superar el 100% en mercados “*imperfectamente competitivos*”, esta Sala coincide con el análisis de la DC en que los fabricantes pueden trasladar los impuestos más que proporcionalmente siempre y cuando no sea de forma coordinada y generalizada, especialmente teniendo en cuenta las diferencias existentes en sus carteras. Es precisamente la existencia de coordinación y la creación de pautas comunes de comportamiento entre los principales fabricantes lo que lleva a que estos puedan aumentar los precios por encima de lo exigido por los mayores impuestos sin miedo a que el resto de competidores no les sigan y ganen cuota de mercado.

Finalmente, en cuanto que el paralelismo de precios no sería una prueba de colusión, si bien es cierto que el paralelismo de precios puede darse también en mercados competitivos, el contexto de este mercado y la evidencia que se ha encontrado indican que el paralelismo en los precios de los cigarrillos no se produce como consecuencia de la competencia entre fabricantes.

5.6. Sobre la elasticidad

ALTADIS, JTI y PMS alegan que la Dirección de Competencia se contradice al afirmar, por un lado, que la existencia de elasticidad cruzada no demuestra la existencia de competencia en el mercado y, por otro lado, sustenta toda su tesis en que esta elasticidad es el incentivo para que los fabricantes reduzcan precios.

Respuesta de la Sala

La propuesta de resolución se refiere a la existencia de una elasticidad cruzada elevada (no se puede hablar de existencia o no de elasticidad cruzada, sino de si esta es más o menos elevada). Asimismo, se afirma que el hecho de que la demanda individual de una marca de cigarrillos determinada sea sensible ante cambios en los precios de otras marcas es un incentivo para no variarlos o aumentarlos en menor cuantía cuando un competidor aumenta los suyos, es decir, para que la evolución de los precios sea menos paralela de lo que ha sido:

*“En cuarto y último lugar, respecto al argumento de que la elasticidad precio cruzada de la demanda de las distintas referencias es elevada y que ello llevaría a los fabricantes a competir con intensidad, éste debe rechazarse. Al fin y al cabo, no resulta sorprendente que la demanda individual de una marca de cigarrillos determinada sea sensible ante cambios en los precios de otras marcas; no es más que el resultado de que todas ellas pertenezcan al mismo mercado de producto. Ello se debe en parte a que, tal y como reconoce el Primer informe de KPMG (p.22), en el mercado analizado “el producto y su presentación tienen, en principio, un elevado grado de homogeneidad”. No obstante, ello debería implicar una mayor competencia en precios de la que se ha venido observando en el mercado, en la medida en que, si una empresa decidiese aumentar de manera generalizada los precios de su cartera, bastaría con que otra empresa **no variase sus precios o los aumentase en menor cuantía** para que capturase una gran fracción de los consumidores de la primera.” (énfasis añadido; párrafo 266, página 162 de la PR)*

Tampoco se puede aceptar que la existencia de elasticidad cruzada sea indicativa de la existencia de competencia en este mercado puesto que los cigarrillos, a pesar de tener unas imágenes de marca que les permite diferenciarse entre sí, esta diferenciación no es absoluta, y además son productos muy similares entre sí en cuanto a su composición. Por lo tanto, es normal que si un fabricante aumenta mucho el precio de sus productos, parte de sus consumidores se dirijan a otra marca. Esto en ningún caso permite descartar la existencia de restricciones a la competencia en el mercado, especialmente cuando se ha comprobado que los fabricantes, valiéndose tanto de las características del mercado como de la información intercambiada, han seguido estrategias de precios paralelas con el objetivo de reducir la competencia.

5.7. Sobre el lanzamiento de nuevos productos y reposicionamiento

ALTADIS, JTI y PMS consideran que la propuesta de resolución rechaza erróneamente el lanzamiento de SKUs en niveles inferiores de precios como muestra de competencia y que *“resulta sorprendente que se rechace la importancia de esta estrategia cuando el cuadro 8 del PCH, que supuestamente recoge las principales variedades del mercado y que el PCH usa como ejemplo del alineamiento en precios de las principales SKUs, incluye varios ejemplos de familias de marcas con distintos precios”*.

Respuesta de la Sala

Esta Sala considera que el lanzamiento de productos en segmentos inferiores no equivale a una reducción de precios y evidencia de competencia entre fabricantes, ya que no observa ningún reposicionamiento de las marcas más importantes de los grandes fabricantes a lo largo de la última década. Además, la clasificación de los productos en base a segmentos es hasta cierto punto arbitraria, puesto las distintas categorías y los umbrales que separan a las mismas varían en función del fabricante.

En cuanto a la información contenida en el cuadro 8 del PCH, cabe señalar que se refiere a aquellos productos que representan más de un 5% de la cartera de los fabricantes, y que algunos de ellos pertenezcan a la misma marca no implica que la estrategia de lanzar productos en distintos segmentos bajo una misma marca sea evidencia de bajada de precios o permita descartar la existencia de restricciones a la competencia, especialmente cuando los productos con más peso en las carteras de todos los fabricantes son los que sitúan en los segmentos más caros.

5.8. Sobre la evolución de las cuotas de mercado

ALTADIS y PMS señalan que no hay base teórica o empírica que permita considerar que una situación de demanda decreciente y de asimetrías de las cuotas deba desembocar necesariamente en una mayor variabilidad de las cuotas de mercado de las empresas.

Por otro lado, las empresas consideran que la elección del año 2008 para considerar el inicio de los efectos en el mercado no está justificada y resulta arbitraria.

Según las citadas empresas, no es posible afirmar que el ratio de variabilidad antes de 2008 sea inferior a lo registrado en los años siguientes, porque el hecho de que la variación de las cuotas sea reducida no probaría que su variabilidad fuera menor. Habría que tener en cuenta, aseguran, el coeficiente de variación en lugar de las tasas de variación, ya que estas, a su juicio, reflejan solamente la dinámica observada y no ofrecen una medida del cambio relativo en las cuotas.

Para LOGISTA, la Dirección de Competencia considera erróneamente que la variación anual de las cuotas de mercado debe superar los 2 puntos porcentuales en un mercado competitivo. Esta afirmación, según señala la citada empresa, no tendría justificación ni respaldo en la literatura económica, ya que la variabilidad de

cuotas no sería en sí misma demostración de que los operadores compitan intensamente o no.

Asimismo, considera que deberían tenerse en cuenta las cuotas mensuales en lugar de las anuales, y que en estas no se observaría una reducción de la volatilidad a partir de 2008.

El informe presentado por LOGISTA aporta la evolución de las cuotas en el mercado de cigarrillos en otros países europeos y asegura que es muy similar a la experimentada en España. Además, afirma que la variación de las cuotas de mercado en la distribución minorista también es baja y se suele considerar un mercado competitivo.

Por su parte, ALTADIS alega otras causas que podrían haber determinado la supuesta estabilidad de las cuotas, como pueden ser las restricciones regulatorias, la introducción del doble mínimo en 2013 o la obligación de los estancos de dar visibilidad a cada producto en función de la demanda actual (introducida en 2015).

ALTADIS, JTI y PMS alegan que no tendría racionalidad económica que ALTADIS, que habría perdido 10 puntos porcentuales de cuota ente 2002 y 2017, quisiera mantener este *status quo*, y que tampoco tendría sentido que su caída se deba a la liberalización 20 años después de la misma.

Por otro lado, LOGISTA señala que no se ha tenido en cuenta en la propuesta de resolución la variación de las cuotas por segmento y que afirmar que la cuota global es la importante para los fabricantes es incompatible con la teoría de la propuesta de resolución según la cual la información desagregada es la relevante para hacer el seguimiento del mercado. Además, afirma que esto es incompatible con las decisiones de las autoridades de competencia (citan la decisión de la Comisión Europea en Imperial Tobacco/Altadis, Caso Nº COMP/M.4581) que demostrarían que los fabricantes tienen en consideración estas cuotas.

PMS considera que las cuotas de mercado han variado a lo largo del tiempo a nivel nacional y local, así como a nivel de segmento, y no hay una base económica para la afirmación de la propuesta de resolución según la cual en ausencia de los intercambios las cuotas habrían sido más volátiles. También asegura que la propuesta de resolución ha relativizado la importancia de la inestabilidad de las cuotas de mercado a nivel provincial al asegurar que lo realmente relevante era la cuota global, sin tener en cuenta que esto sería incompatible con la tesis de que los fabricantes de tabaco valoraban la información intercambiada diariamente.

Respuesta de la Sala

Como ya se ha señalado reiteradamente en esta resolución, en un contexto de demanda decreciente, las empresas tienen incentivos para coordinarse (los beneficios de desviarse del resultado cooperativo en un mercado como el de fabricación y distribución de cigarrillos son muy reducidos, mientras que los costes de hacerlo son muy elevados) y de hecho, existen evidencias de que hay mayor posibilidad de colusión cuando la demanda cae que cuando crece¹⁷². Respecto al papel de las asimetrías de las cuotas de los fabricantes, en este mercado se puede observar una simetría cada vez mayor, tanto a nivel nacional como provincial, que implica que el mercado cada vez facilita más la colusión y, por tanto, es más fácil para las empresas mantener su posición en el mercado utilizando la información intercambiada.

La elección del año 2008 como referencia para establecer la existencia de efectos derivados de los intercambios de información no es arbitraria. Ese año comenzó la caída de la demanda de tabacos (que, como se ha señalado anteriormente, se ha reducido a la mitad desde entonces), por lo que el contexto en el que operaban los fabricantes cambió, como también lo hicieron los incentivos que estos tenían para utilizar la información que recibían con el objetivo de mantener sus posiciones el mercado (desde 2008 se observa una mayor estabilidad de las cuotas nacionales y provinciales) y aumentar los precios en detrimento de los consumidores. En cuanto a la alegación de que un paralelismo más escalonado de los precios no tendría por qué manifestarse necesariamente en una mayor variabilidad de las cuotas, cabe señalar que que basta que los fabricantes se desvíen ligeramente de las decisiones de precios de sus rivales para que puedan ganar cuota de mercado, rompiendo así con la estabilidad que existe desde 2008 en el mercado de cigarrillos.

En cuanto a que habría que tener en cuenta el coeficiente de variación para medir la variabilidad en lugar de las tasas de variación, porque estas solo reflejan la dinámica observada y no el cambio relativo en las cuotas, cabe indicar que el coeficiente de variación es la media respecto de la desviación típica y su único objetivo es la comparación de variaciones con distintas unidades. En este caso, sin embargo, las cuotas de mercado tienen siempre las mismas unidades, por lo que la información que se obtiene de tasas de variación, varianzas o coeficientes de variación es similar. Asimismo, es precisamente la dinámica del mercado, y cómo

¹⁷² Ver Abbink, K., & Brandts, J. (2009). Collusion in growing and shrinking markets: empirical evidence from experimental duopolies. *Experiments and competition policy*, 34-60.

cambia a partir de 2008, lo que permite determinar si los intercambios de información han tenido efectos anticompetitivos o no.

Por otro lado, en relación con la variación anual de 2 puntos porcentuales como referencia para demostrar cómo debería ser la variabilidad de las cuotas de mercado, interesa aclarar que se ha escogido esta referencia, que de por sí se puede considerar extremadamente baja, para contrastar la evolución del mercado antes y después de la caída de la demanda, y no como prueba en sí misma de la existencia o ausencia de competencia según se supere o no esa referencia. A lo largo del expediente se ha reiterado que no se ha tomado un único elemento como única prueba de la existencia de la infracción, sino que es el conjunto de elementos del contexto económico y jurídico en el que se enmarca la conducta el que permite determinarla.

También alega LOGISTA que la evolución de las cuotas en el mercado de cigarrillos en otros países europeos es muy similar a la experimentada en España. Sin embargo, como ya indicó la Dirección de Competencia, cada mercado tiene sus propias particularidades y no se puede asegurar que los intercambios de información no se den también en estos países.

Respecto a que habría que tener en cuenta la innovación y el lanzamiento de nuevos productos al mercado como indicativos de la existencia de competencia, esta Sala comparte la valoración de la Dirección de Competencia, y considera que los nuevos productos que se han ido lanzando tienen unas características muy similares a las de los productos ya existentes en el mercado, es decir, no se puede afirmar que se trate de un mercado con un alto grado de innovación, y el lanzamiento de nuevos productos o el reposicionamiento de otros difícilmente permiten descartar la existencia de restricciones a la competencia cuando las principales marcas han mantenido su importancia y no han experimentado ningún reposicionamiento a lo largo de la última década. De hecho, en el Segundo informe de Compass Lexecon para LOGISTA se puede comprobar que los productos más vendidos se han mantenido en el tiempo, especialmente en los segmentos superiores.

ALTADIS alega que hay causas alternativas que podrían haber determinado la supuesta estabilidad de las cuotas. En respuesta a ello, cabe indicar que la introducción del doble mínimo en 2013 habría reforzado la capacidad de los intercambios para tener efectos anticompetitivos, mientras que la prohibición de la publicidad y la introducción del impuesto mínimo sobre las labores del tabaco se introdujeron en 2005 y 2006, respectivamente, cuando el mercado aún estaba en

fase de crecimiento, y no se observa una mayor estabilidad de las cuotas. El reposicionamiento de Winston, por otro lado, únicamente prueba la capacidad de los fabricantes para competir en precios (que, en este caso, además, le sirvió a JTI para ganar cuota de mercado). Ninguno de estos factores enmascaró el efecto de la prohibición de la publicidad hasta 2008, como defiende ALTADIS, puesto que en 2006 cayeron ligeramente las ventas de cigarrillos y luego se recuperaron, y las variaciones de las cuotas de los fabricantes fueron mayores que en otros años, por lo que no parece que haya que esperar hasta después de 2008 para ver estos efectos ni pueden ser la causa de la estabilidad posterior.

Respecto a que no sería razonable que ALTADIS quisiera participar en el acuerdo cuando ha perdido cuota de mercado desde la liberalización, más bien hay que considerar que esta es precisamente una razón de peso para que ALTADIS participe. En ausencia de los intercambios de información, ALTADIS podría haber perdido una mayor cuota de mercado, como le sucedió hasta 2008. No se puede aceptar que los efectos de la liberalización se agotaran completamente en 2007 y 2008 porque su cuota se estabilizó ligeramente, ya que la caída posterior de la demanda podría haber empeorado su cuota de mercado.

LOGISTA señala que no se ha tenido en cuenta en la propuesta de resolución la variación de las cuotas por segmento. En relación con ello, esta Sala considera que, en ausencia de un acuerdo explícito, los fabricantes tienen una mayor facilidad y un mayor interés en mantener las cuotas a nivel provincial y nacional, no por segmentos o productos. Esto, además, no es incompatible con la tesis de que los fabricantes de tabaco valoran la información intercambiada diariamente, ya que esta les permite tener un conocimiento muy amplio del funcionamiento del mercado para ajustar sus estrategias y mantener sus posiciones a medio y largo plazo.

De hecho, la Comisión Europea ha señalado en la Decisión del Caso Imperial Tobacco/Altadis (Caso N° COMP/M.4581, párrafos 11 y 12) citada¹⁷³ que, a pesar de que a nivel interno los fabricantes tengan en cuenta subdivisiones del mercado según mezclas, imagen, etc., la división del mercado acorde a factores como el precio o la imagen sería arbitraria y no significativa.

Finalmente, sobre la alegación de PMS consistente en que la Dirección de Competencia ha relativizado la importancia de la inestabilidad de las cuotas de mercado a nivel provincial, cabe indicar que si bien no existe un patrón uniforme de la variación entre provincias, esto se debe a que los fabricantes no tienen la misma

¹⁷³ En el mismo sentido, véase el asunto No IV/M.1415 - BAT / ROTHMANS (párrafo 12).

posición en el mercado en todas ellas y además las cuotas han sido más estables en general en las provincias desde 2008.

5.9. Sobre la estabilidad de los ingresos

LOGISTA considera que la propuesta de resolución reconoce que la estabilidad de los ingresos no probaría por sí misma la existencia de los efectos del intercambio de información.

Igualmente considera que la Dirección de Competencia entiende que no sería convincente que los fabricantes hayan amortiguado la caída de las ventas con un reposicionamiento de su cartera ya que, al trasladarse la demanda a los segmentos inferiores, que suponen menos ventas y se venden a un precio menor, deberían haber caído los ingresos. Para LOGISTA este argumento sería incorrecto ya que ignoraría que el cambio en los patrones de consumo, que se habría desviado a los segmentos más bajos, habría afectado a los ingresos, disminuyendo estos desde 2008 para todos los segmentos superiores.

En la misma línea, PMS alega no hay nada sospechoso en el hecho de que los ingresos caigan menos que la demanda.

Respuesta de la Sala

La consideración de que el cambio en los patrones de consumo habría afectado a los ingresos de los segmentos superiores (y en total), al desviarse el consumo a segmentos inferiores, no es compartida por esta Sala toda vez que los segmentos superiores (tanto el Premium como el Medio) aún suponen la mayor parte de los ingresos netos de impuestos, como la propia LOGISTA mostraba en el Segundo Informe de Compass Lexecon¹⁷⁴. En general, los ingresos han sido más estables entre 2008 y 2017 (y especialmente desde 2011) que entre 2002 y 2008. Para todos los segmentos excepto el Premium, los ingresos se sitúan en 2017 en niveles muy similares a los de 2006 a pesar de que desde el comienzo de la crisis el consumo (medido en cajetillas) se ha reducido a la mitad, mientras que para el segmento Premium se observa una gran estabilidad desde 2011.

En relación con la alegación de PMS, esta Sala considera, en consonancia con lo expuesto por la Dirección de Competencia, que en un mercado competitivo lo

¹⁷⁴ Ver Figura 3 (página 15) del informe “Análisis del Segundo Pliego de Concreción de Hechos. Efectos en el mercado de fabricación de cigarrillos”, elaborado por Compass Lexecon para LOGISTA, con fecha 12 de diciembre de 2018 (folios 14908-14965).

razonable habría sido esperar una moderación de los precios o al menos un aumento menos pronunciado de los mismos por parte de alguna empresa, aunque solo fuera temporalmente con el fin de ganar cuota de mercado, especialmente si se tiene en cuenta el contexto de desplome de la demanda. Sin embargo, se observa todo lo contrario.

5.10. Sobre las promociones

LOGISTA alega que la propuesta de resolución afirma que las promociones son muy limitadas, no tienen especial importancia de cara a la competencia y no existe opacidad al respecto, por lo que no se entendería qué papel podrían tener los datos *sell-in* en la detección de desviaciones ni en su castigo.

ALTADIS alega que su inversión promocional ha sido significativa, y que había llegado a alcanzar el 18% de su margen bruto durante la supuesta infracción. Citando datos de The CMO Survey, considera que de media las compañías del sector de bienes de consumo empaquetados invertirían un 11% de sus ingresos en marketing, mientras que ALTADIS habría invertido en 2016/2017 un 12,6%. En atención a ello, considera que invierte una gran parte de sus ingresos en promociones, especialmente teniendo en cuenta las restricciones que se aplican a estas y que esta inversión sería indicativa de competencia.

Respuesta de la Sala

En relación con la importancia de las promociones para competir, cabe indicar que la información *sell-in* les sirve a las empresas para, además de no competir en precios y seguir un comportamiento paralelo injustificado, hacer un seguimiento de las cuotas de mercado y de los efectos de las campañas promocionales tanto propias como de sus competidores, para así modificar promociones y lanzamientos futuros de manera que puedan mantener estables las cuotas de mercado.

Respecto al supuesto elevado gasto que realiza ALTADIS en marketing, esta Sala considera que una diferencia de 1,6 puntos porcentuales con la media de su sector no es concluyente para considerar una excesiva inversión en comparación con el resto. Esta Sala comparte la valoración de la Dirección de Competencia y considera que en ausencia de los intercambios de información para preservar el *status quo* entre competidores, los fabricantes hubieran invertido todavía más recursos en llevar a cabo acciones promocionales. La coordinación entre los principales fabricantes de cigarrillos, además, no implica que éstos no tengan que realizar acciones promocionales, puesto que en caso de no llevarlas a cabo podrían perder

cuota de mercado frente a aquellos fabricantes de menor tamaño que quedasen fuera de la mencionada coordinación.

Por otro lado, la inversión en acciones promocionales puede revelar la voluntad por parte de las empresas ya instaladas (y que por tanto tienen una imagen de marca establecida que es difícil de construir teniendo en cuenta las restricciones existentes) de reforzar las elevadas barreras de entrada existentes en este mercado.

5.11. Sobre las características del mercado

ALTADIS, JTI y PMS alegan que la Dirección de Competencia aceptaría que el mercado por sí solo llevaría a un cierto paralelismo de precios y una relativa estabilidad de cuotas, y que la competencia potencial y residual sin el *sell-in* y en un escenario de contracción de la demanda provocado por la caída de la renta (no por la subida de impuestos) haría que el paralelismo de precios fuera más escalonado, con cuotas más volátiles.

Por otro lado, según PMS, la propuesta de resolución habría aceptado también que la diferenciación de productos haría que la colusión fuera más probable, pero a la vez afirmaría, sin aportar pruebas, que este factor se vería compensado con otros.

Respuesta de la Sala

Esta Sala considera que la Dirección de Competencia no ha considerado que la contracción de la demanda se deba únicamente a la caída de la renta y no por la subida de impuestos, sino que ambos factores influyen (*“no hay que olvidar que la demanda de tabaco no solo reacciona a cambios en los precios, **sino que también** es sensible a otros muchos factores, entre los que estarían cambios en la renta de los consumidores (normalmente, a mayor renta, mayor consumo de cigarrillos”¹⁷⁵*).

En cuanto a que la presencia de determinados factores facilitadores o características no aportaría evidencia alguna de que ese mercado sea realmente colusorio, en ningún momento se ha pretendido afirmar que las características del mercado de cigarrillos supongan que se trata de un mercado colusorio. El análisis llevado a cabo, comenzando por la lista de características de la Comisión Europea, ha servido, en primer lugar, para identificar si los intercambios de información pueden ser útiles o facilitar la coordinación en el mercado de cigarrillos teniendo en cuenta sus características. Se puede afirmar que sí lo son, al observar cómo se ha

¹⁷⁵ Ver párrafo 264 de la PR (página 161).

comportado el mercado cuando las empresas han podido hacer uso de la información intercambiada (innecesaria para operar y competir) para reducir la competencia, y se ha acreditado que, en un contexto de reducción de la demanda, las cuotas de mercado se han estabilizado y los precios han tenido un comportamiento paralelo que no habría sido tan marcado en ausencia de los intercambios. Sólo al final de este análisis se puede concluir que en el mercado se ha producido efectivamente una restricción de la competencia.

Finalmente, en relación con la diferenciación de productos, esta Sala considera necesario aclarar que esta se debe principalmente a la imagen de marca, no al resto de las características del producto (como su composición), y que esta diferenciación es claramente insuficiente para impedir la colusión cuando el resto de características del mercado apuntan claramente en la otra dirección.

5.12. Alegaciones en relación con la propuesta de sanción

a. Sobre las cifras del volumen de negocio utilizadas por la Dirección de Competencia

ALTADIS alega que el volumen de negocios utilizado como referencia para fijar la sanción debería haber sido el volumen del mercado afectado y no el volumen total de la empresa relativo a todas sus ramas de actividad. Además, la citada entidad señala que la Dirección de Competencia no ha tenido en cuenta su condición de empresa multiproducto.

PMS sostiene que de la lectura de la propuesta de sanción no es posible conocer si la Dirección de Competencia ha tenido en cuenta que solo el 63,8% del volumen de negocios total de PMS se corresponde con las ventas de cigarrillos en España, lo que implicaría que el restante volumen de negocios de la empresa debería estar excluido del ámbito de investigación y en consecuencia para el cálculo de la sanción.

LOGISTA alega que la regulación de este mercado obliga a los distribuidores como ella a adquirir el producto de los fabricantes, dado que los expendedores únicamente pueden aprovisionarse de estos distribuidores, y al no ser auténticos mayoristas no tienen ningún poder sobre el precio de venta del producto. Por tanto, la facturación de LOGISTA por la distribución de cigarrillos se corresponde únicamente con los ingresos que obtiene por aplicación de la tarifa de servicio a los fabricantes. Según la empresa, sus ventas por la distribución de cigarrillos en el ámbito del Monopolio de Tabaco durante el año 2017 fueron [80-100 millones] euros. Utilizar el volumen de negocios total (VNT) que ha tomado la DC implicaría,

según LOGISTA, contabilizar dos veces las mismas ventas (como ventas de los fabricantes y del distribuidor).

Respuesta de la Sala

El artículo 63.1.c de la LDC establece que las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 29 de enero de 2015 (recurso 2872/2013) ha dejado señalado que la cifra de volumen de negocios total a la que hace referencia la norma ***“no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de “volumen total” se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción.”*** (Énfasis añadido)

A partir del tenor literal de la norma y la interpretación jurisprudencial que de la misma ha realizado el Alto Tribunal, cabe señalar que el tipo sancionador debe ser aplicado sobre el volumen de negocios total de la empresa, independientemente de cuál sea el mercado concreto afectado por la infracción y del ámbito territorial del que proceda dicho volumen de negocios total.

En cuanto al volumen de negocios de LOGISTA, esta Sala debe insistir en que, de acuerdo con la LDC y la jurisprudencia, el tipo sancionador debe aplicarse sobre el volumen de negocios total de la empresa, sin diferenciar entre ramas de actividad o áreas geográficas. Por tanto, la cifra de negocios que aporta LOGISTA no podría ser utilizada, porque se limita a la distribución de cigarrillos en el ámbito del Monopolio de Tabaco y no se refiere a la actividad total de la empresa. Por otra parte, interesa subrayar que, en contra de lo que afirma en sus alegaciones, utilizar el volumen de negocios total, que es el que ha tomado la DC como referencia, no implicaría en ningún caso contabilizar dos veces las mismas ventas para LOGISTA, que es lo que resulta relevante a la hora de determinar la referencia sobre la que aplicar el tipo sancionador del artículo 63.1 de la LDC.

b. Sobre el cálculo de la sanción

ALTADIS y PMS alegan que la Dirección de Competencia, al considerar la cuota de mercado afectada por la conducta, ha tenido en cuenta las ventas de BAT para todo el período de la infracción. Según las citadas empresas, en el cálculo de la

sanción debería excluirse a BAT del período 2013-2017 para no sobreestimar la multa de las empresas sancionadas.

Por otra parte, ambas empresas sostienen que, al menos, el año 2008 debería ser excluido del periodo de duración de la infracción toda vez que no constan acreditados los efectos en ese periodo. ALTADIS considera, asimismo, que en ningún caso podría empezar a computarse la infracción antes del año 2013 ya que, desde que cambian las circunstancias de mercado *“deben sumarse al menos 5 años para poder apreciar algún efecto en el mercado”*.

Respuesta de la Sala

En relación con la consideración de BAT para el cálculo de la sanción, cabe advertir que la exclusión de BAT a partir de 2013 no tiene ningún impacto en el tipo sancionador ya que la media de la cuota de mercado conjunta de las infractoras seguiría siendo muy elevada.

En cuanto a la duración de la conducta, como ya se ha señalado en esta resolución, los efectos del mercado se han producido a partir del año 2008 y, por tanto, esta es la fecha inicial del periodo infractor y la que debe tenerse en cuenta a la hora de calcular la sanción.

c. Sobre la motivación de la propuesta de multa y las indicaciones provisionales de la CNMC

PMS y JTI critican que la propuesta de resolución no incluya ninguna referencia a las indicaciones provisionales de la CNMC para la determinación de las sanciones.

En relación con ello, JTI considera que la Dirección de Competencia incumple las indicaciones provisionales al tener en cuenta la duración de la infracción a la hora de estimar el tipo sancionador general (según las indicaciones provisionales la duración ha de considerarse al individualizar la sanción) y al no indicar cuál es el tipo sancionador individual, por lo que no puede saberse cómo ha valorado la concreta participación de cada empresa en la infracción ni qué peso ha tenido la valoración individual en el tipo sancionador general.

Respuesta de la Sala

En primer lugar conviene señalar que las indicaciones provisionales sobre la cuantificación de las sanciones aplicables a los infractores de las normas de

competencia¹⁷⁶ permiten dar a conocer unas pautas generales que, dentro de la discrecionalidad de esta Sala para imponer las sanciones, guían su actuación de acuerdo con los precedentes resueltos por esta Sala desde la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 antes citada. Con ello, se pretende contribuir a mejorar la transparencia y la objetividad en el cálculo de la sanción, asegurar la proporcionalidad y el carácter disuasorio de las sanciones, y favorecer la seguridad jurídica en la aplicación de la LDC.

En las citadas indicaciones la duración de la participación de cada empresa en la conducta se tiene en cuenta para determinar el tipo sancionador individual. En concreto, el volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) durante la infracción refleja la duración de la participación de cada una, ya que se toman la cifra correspondiente a los meses que haya durado su conducta. Sin embargo, de cara a la valoración del tipo sancionador general, que valora la gravedad y circunstancias de la infracción en su conjunto es evidente que no puede merecer el mismo reproche sancionador una infracción que haya durado 6 meses que otra que se haya desarrollado durante 15 años. Por ello, en algunas ocasiones el Consejo puede decidir reflejar esta circunstancia en la valoración general de la sanción, independientemente de la duración de la participación de cada empresa, que será tomada en cuenta en el momento de individualizar su tipo sancionador a través de la proporción de su facturación en el mercado afectado respecto del VNMA total durante la infracción.

En todo caso, aunque no se especifique en la propuesta de resolución el tipo sancionador individual es fácilmente deducible a partir del tipo sancionador general y el tipo sancionador total de la empresa.

5.13. Sobre la solicitud de práctica de pruebas

El artículo 51.1 de la LDC dispone que el Consejo de la CNMC podrá ordenar, de oficio o a instancia de algún interesado, la práctica de pruebas distintas de las ya practicadas ante la Dirección de Competencia en la fase de instrucción, así como la realización de actuaciones complementarias con el fin de aclarar cuestiones precisas para la formación de su juicio en la toma de decisión.

¹⁷⁶https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/Normativas_guias/Indicaciones%20provisionales%20de%20multas%20de%20competencia%20-%20CNMC.pdf

Esta Sala considera pertinente incorporar al expediente todos los documentos aportados por las empresas junto a sus escritos de alegaciones a la propuesta de resolución.

Por otro lado, esta Sala rechaza la prueba propuesta por LOGISTA consistente en requerir al CMT determinada información sobre datos del sector.

Como ya señaló la Dirección de Competencia durante la instrucción, ya consta en el expediente información detallada aportada por el propio Comisionado para el Mercado de Tabacos relativa al funcionamiento del mercado de distribución de tabacos, sin que se considere necesario, a la vista de la instrucción realizada y de la documentación disponible en este expediente, la práctica de la prueba solicitada a los efectos de analizar el alcance, contenido y efectos de las prácticas investigadas. La práctica de la citada prueba aportaría un valor añadido para la determinación de los hechos y la responsabilidad imputada a LOGISTA.

5.14. Sobre la solicitud de vista

Las empresas han solicitado la celebración de vista oral en aplicación del artículo 51.3 de la LDC.

Al respecto, cabe señalar que la vista oral ante la Sala del Consejo que viene prevista en el artículo 51.3 de la LDC se configura como una potestad discrecional del Consejo, que la puede acordar *“cuando la considere adecuada para el análisis y enjuiciamiento del objeto del expediente”* (art. 19.1 RDC).

El Consejo, teniendo en cuenta este carácter potestativo de la vista oral, ha decidido no acceder a la solicitud de celebración de vista por no considerarlo necesario para la valoración del asunto, sin que de esta negativa pueda derivarse ningún tipo de indefensión.

5.15. Confidencialidad

BAT

BAT solicita la confidencialidad del dato de la cuota de mercado de la citada empresa en un mes concreto del año 2017 tras una subida de precios del tabaco (folio 16708).

La citada empresa presenta escrito de alegaciones en versión confidencial (folios 16664 a 16734) y pública (folios 16735 a 16805).

Se estima la solicitud de confidencialidad y se declara confidencial la versión del escrito de alegaciones que consta en los folios 16664 a 16734.

PMS

PMS solicita la confidencialidad de ciertos datos e informaciones estratégicas de la empresa contenidos en los siguientes folios: folio 16840 (pie de página 42), folio 16850 (pie de página 62), folio 16860 (párrafo 112), folio 16875 (párrafos 135 y 136), folio 16876 (párrafo 138), folio 16877 (párrafos 139 y 140), folio 16887 (párrafos 170).

La citada empresa presenta escrito de alegaciones en versión confidencial (folios 16809 a 16892) y pública (folios 16893 a 16975).

Se estima la solicitud de confidencialidad y se declara confidencial la versión del escrito de alegaciones que consta en los folios 16809 a 16892.

Asimismo, se declara confidencial el Anexo 2 del informe económico presentado por la citada empresa que consta en los folios 16976 a 16984, y la versión confidencial del citado informe económico presentado por la empresa que consta en los folios 17042 a 17099.

ALTADIS

ALTADIS solicita la confidencialidad de datos estratégicos contenidos en los siguientes folios: folio 17359 (párrafos 102 y 104), folio 17390 (párrafo 222), folio 17391 (párrafos 228 y 229).

Presenta escrito de alegaciones en versión confidencial (folios 17332 a 17395) y pública (folios 17398 a 17461) y.

Se estima la solicitud de confidencialidad y se declara confidencial la versión del escrito de alegaciones que consta en los folios 17332 a 17395.

Asimismo, se declara confidencial el Anexo I al escrito de alegaciones contenido en los folios 17483 a 17505.

LOGISTA

LOGISTA solicita la confidencialidad de datos estratégicos contenidos en los siguientes folios: 17603, 17606, 17613, 17614, 17630, 17631, 17632, 17639, 17644, 17649, 17650.

Presenta escrito de alegaciones en versión confidencial (folios 17586 a 17654) y pública (folios 17655 a 17723) y.

Se estima la solicitud de confidencialidad y se declara confidencial la versión del escrito de alegaciones contenida en los folios 17586 a 17654.

Asimismo, se declara confidencial la versión confidencial de los informes económicos presentados que constan en los folios 17724 a 17746 y 18133 a 18171, así como los documentos contenidos en los folios 18419 a 19269 y folios 19540 a 19730.

Finalmente, las empresas han solicitado la confidencialidad de la información relativa al volumen de negocios total correspondiente al año 2018 requerida por esta Sala para el cálculo de la sanción a imponer a las mismas. En relación con ello, esta Sala considera que la citada información, además de tener carácter público dado que es información que consta o constará en los registros públicos correspondientes, es una información necesaria para el cálculo de la sanción y que refleja el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 63 de la LDC que condiciona el cálculo de la misma al porcentaje del volumen de negocios total de la empresa del año anterior, por lo que no procede declarar la confidencialidad de la misma.

SEXTO. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

6.1 Criterios para la determinación de la sanción a imponer a PMS, ALTADIS y JTI: valoración general de la conducta

La conducta analizada constituye un intercambio de información sensible relativo a las ventas de cigarrillos *sell-in* con los efectos que han sido puestos de manifiesto en la presente resolución.

Se trata, por tanto, de una infracción muy grave (art. 62.4.a de la LDC) que podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el año inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c de la LDC), esto es, 2018.

La facturación de las empresas infractoras, relativa al año 2018, es la siguiente:

Empresas infractoras	Volumen de negocios total en 2018 (VNT, €)
PMS	665.096.206
ALTADIS	476.088.000
JTI	183.292.370

Sin embargo, conviene destacar que el VNT de JTI, significativamente más bajo que de las otras infractoras, corresponde solamente a la empresa imputada, puesto que una empresa hermana del mismo grupo, que también había sido incoada inicialmente y a la que corresponde parte de la facturación en el mercado afectado, no ha podido ser efectivamente notificada del acuerdo de incoación, ni del PCH ni de la propuesta de resolución. Como se verá más adelante, esto ha obligado a modificar el método habitual de determinación de la sanción de JTI para que la finalidad de disuasión de la multa no se vea comprometida.

Como es habitual, el porcentaje sancionador, que se aplicará en el presente expediente al volumen de negocios total de cada empresa infractora, debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, siguiendo los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo mencionados en el apartado anterior.

En cuanto a las características del mercado afectado (art. 64.1.a), el mercado afectado por la infracción es el de fabricación de cigarrillos.

La cuota de las empresas responsables (art. 64.1.b) representa más del 95% del mercado en el caso de las fabricantes. A los efectos de valorar la cuota de mercado afectada por la infracción se tiene en cuenta a BAT, a pesar de que su conducta ha prescrito, ya que ha quedado acreditada su participación en la misma durante al menos 14 años. En cuanto a LOGISTA, es el único distribuidor de los fabricantes que han participado en esta infracción, con una cuota del 99% de la distribución en la península y las Islas Baleares.

El alcance de la infracción (art. 64.1.c) es el mercado español –a excepción de las Islas Canarias– con efectos intracomunitarios.

La duración de la conducta (art. 64.1.d) abarca desde 2008 hasta, al menos, febrero de 2017.

En cuanto a los efectos de la infracción en el mercado (art.64.1. e), como se ha explicado en el fundamento de derecho cuarto, se observa que a través de esta conducta los fabricantes han mantenido sus cuotas de mercado estables preservando, además, una cuota conjunta por encima del 95% desde el año 2008. Además, en parte como consecuencia de los intercambios detallados de información sobre ventas, los movimientos de precios de los cuatro fabricantes han mantenido un paralelismo muy significativo.

Esta Sala considera que, a la vista del tipo de conducta, y teniendo en cuenta los anteriores criterios, la valoración general de la infracción de cara a su sanción se traduce en un tipo sancionador general del 1,8%.

6.2 Criterios para la valoración individual de la conducta

En cuanto a la valoración de la conducta de cada una de las tres empresas, conviene tener en cuenta varios factores adicionales para que la sanción refleje su efectiva participación en la infracción.

Para valorar la efectiva dimensión de la conducta (art. 64.1.a), la tabla siguiente recoge en la segunda columna la cuota de mercado media de cada una de las infractoras durante la infracción de cada una (art. 64.1.d), según los datos del Comisionado para el Mercado de Tabacos (CMT). En este caso no se ha utilizado el volumen de negocios en el mercado afectado ya que, de acuerdo con la información que obra en el expediente, ha quedado demostrado que la participación de JTI en la infracción no se ve debidamente reflejada en la información sobre volúmenes de negocio en el mercado afectado que ha aportado esta empresa, de forma que la participación del resto de empresas se vería sobrevalorada y la de JTI infravalorada. La última columna recoge la participación de cada empresa infractora en la cuota de mercado afectada por la infracción, tomando la suma de las cuotas medias de la segunda columna (85,9%) como el 100% de la cuota de mercado afectada por la conducta.

La duración de la conducta de las tres empresas es la misma y abarca desde 2008 hasta febrero de 2017.

Empresas infractoras	Cuota de mercado media durante la infracción (%)	Participación en la cuota de mercado afectada
PMS	31,9	37,1
ALTADIS	32,5	37,8
JTI	21,5	25,0
Total de las tres	85,9	100,0

No concurre ninguna circunstancia agravante o atenuante para ninguna de las empresas sancionadas.

En atención a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (Recurso 2872/2013), el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, características y dimensión del mercado afectado, ámbito geográfico de la conducta, duración de la infracción y participación de las infractoras en la conducta– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta de las empresas.

La tabla siguiente muestra el tipo sancionador total que esta Sala considera que correspondería aplicar a las empresas infractoras.

Empresas infractoras	Tipo sancionador total (% del volumen de negocios total)
PMS	2,3
ALTADIS	2,4
JTI	2,1

La sanción en euros de PMS y ALTADIS puede obtenerse sin dificultad al aplicar el tipo sancionador total a su respectivo volumen de negocios total (VNT). En cambio, en el caso de JTI, por la necesidad de asegurar la disuasión de la sanción y su proporcionalidad con la efectiva dimensión de su conducta, se ha decidido fijar una multa aplicando el artículo 63.3 de la LDC. De la información incorporada y acreditada en el expediente resulta que el volumen de negocios total de JTI, empresa filial del grupo JTI en España, no refleja su verdadera actividad en relación

con la facturación por la fabricación y comercialización de sus marcas de cigarrillos en el mercado español. Esta discrepancia se observa en los importes relativos al volumen de negocios del mercado afectado aportados por las partes. Así, mientras PMS, con una duración de la infracción equivalente a la de JTI y una cuota de mercado aproximada del 31,9%, aportaba un volumen de negocios en el mercado afectado de 4.286.770.756€, JTI con una cuota de mercado del 21,7% comunica un volumen de negocios en el mercado afectado de 326.143.531 €. Cabe de ello deducir que el importe del volumen de negocios total de JTI no refleja su verdadera dimensión, lo que obliga a aplicar el artículo 63.3 de la LDC a fin de no comprometer el efecto disuasorio de la sanción. En consecuencia, corresponde imponer a JTI una multa de 10.000.001 euros.

Ahora bien, aunque el tipo sancionador sea proporcionado a las características de la conducta colusoria y a la participación de una empresa en la infracción, al aplicarse este tipo sancionador al volumen de negocios total de las empresas, las multas en euros podrían resultar en ocasiones desproporcionadas respecto de la efectiva dimensión de la infracción.

Para valorar la proporcionalidad de las sanciones en euros es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la empresa infractora podría haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes (beneficio ilícito potencial)¹⁷⁷ y aplicarle un factor de disuasión que varía en función de la duración de la infracción y del tamaño de la entidad infractora.

En el caso de PMS y ALTADIS, la multa en euros resultante de aplicar el tipo sancionador al volumen de negocios total de la empresa es inferior al límite de proporcionalidad estimado, por lo que no es necesario realizar ningún ajuste. Lo mismo sucede en el caso de JTI cuando se compara la multa en euros impuesta por motivos de proporcionalidad con la efectiva dimensión de la infracción.

Por todo lo anterior, la Sala considera que procede imponer a estas empresas las sanciones que se muestran en la siguiente tabla:

¹⁷⁷ Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, como el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras o en bases de datos públicas referidas al mercado relevante, como la de los ratios sectoriales de empresas no financieras del Banco de España.

Empresas infractoras	Sanción (€)
PMS	15.297.213
ALTADIS	11.426.112
JTI	10.000.001

6.3 Determinación de la sanción a LOGISTA

LOGISTA es responsable igualmente del intercambio de información sensible sobre ventas que constituye una conducta prohibida por los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE y que, por lo tanto, podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en 2018, que es el año inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c).

El volumen de negocios total de LOGISTA en el año 2018 asciende a 1.748.958.000 euros.

A pesar de que LOGISTA es responsable de la misma infracción que PMS, ALTADIS y JTI, al tratarse de una empresa distribuidora y no fabricante, que opera en otro eslabón de la cadena, no es posible determinar la multa de la misma forma que en el caso de las otras tres infractoras.

En cuanto a su concreta participación, LOGISTA no solamente no adoptó ninguna cautela a la hora de preservar la confidencialidad de la información de cada fabricante –tarea en la que tenía una especial responsabilidad dada su situación cuasi monopolística–, sino que activamente difundió la información sensible de los fabricantes que obraba en su poder. Ha actuado, por tanto, como un punto focal, concentrando la información de ventas de todos los fabricantes, para después hacérsela llegar a todos ellos.

De este modo, ha tenido una participación decisiva para la puesta en práctica y mantenimiento de la conducta sancionada, y ha salido beneficiada de esta colaboración al consolidar su posición en el sector.

De acuerdo con estos criterios, esta Sala considera que resulta adecuado imponer a LOGISTA el tipo sancionador propuesto por la DC de 1,2%, lo que se traduce en una sanción de **20.987.496 euros**¹⁷⁸.

Para realizar la última comprobación de proporcionalidad, se ha estimado un valor de referencia de acuerdo con lo explicado en el apartado anterior (beneficio ilícito potencial por un factor de disuasión), y la multa en euros que corresponde imponer a LOGISTA es inferior al límite de proporcionalidad estimado, por lo que no hay riesgo de que la sanción sea desproporcionada respecto de la efectiva dimensión de la infracción. Esto es así también cuando se utiliza para cuantificar la dimensión de su infracción la información sobre facturación en el mercado afectado aportada por la propia empresa como “Ventas económicas”.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

Primero. Declarar acreditada una infracción única y continuada muy grave del artículo 1 de la Ley 15/2007, y del artículo 101 del TFUE, consistente en el intercambio de información sensible relativa a las ventas de cigarrillos desde el año 2008 hasta, al menos, el año 2017, de la que son responsables las empresas PHILIP MORRIS SPAIN, S.L., ALTADIS, S.A., JT INTERNATIONAL IBERIA, S.L.U. y COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A.

Segundo. Imponer las siguientes sanciones a las empresas responsables:

- PHILIP MORRIS SPAIN, S.L.: **15.297.213 euros**
- ALTADIS, S.A.: **11.426.112 euros**
- JT INTERNATIONAL IBERIA, S.L.U.: **10.000.001 euros**

¹⁷⁸ Aunque el tipo sancionador es el mismo, la multa en euros de LOGISTA es ligeramente más alta que la propuesta por la DC porque el VNT de 2018 es algo mayor para esta empresa que el de 2017, que es al que la DC aplicó el tipo sancionador propuesto.

- COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A.: **20.987.496 euros**

- Tercero.** Declarar prescrita la participación de BRITISH AMERICAN TOBACCO ESPAÑA, S.A. en la infracción a la que hace referencia el resuelve primero.
- Cuarto.** Declarar no acreditada suficientemente la infracción del artículo 1 de Ley 15/2007 y 101 del TFUE relativa al intercambio de información comercial sensible sobre precios de cigarrillos.
- Quinto.** Declarar el archivo provisional de las actuaciones seguidas contra JT INTERNATIONAL, S.A., al no haberse podido cursar a través de la oportuna vía diplomática la notificación de su incoación y del resto de trámites procedimentales.
- Sexto.** Declarar la confidencialidad de la información solicitada por las partes en los términos previstos en el apartado 5.15 de la presente resolución.
- Séptimo.** 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 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.