

RESOLUCIÓN

MÁQUINAS EXPENDEDORAS DE TABACO

S/0647/18

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 11 de mayo de 2022.

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 de referencia tramitado por la Dirección de Competencia (**DC**) a raíz de la denuncia interpuesta por LOGIVEND, S.L.U. contra ALTADIS, S.A., PHILIP MORRIS SPAIN, S.L. y JAPAN TOBACCO INTERNATIONAL IBERIA, S.L.U., por supuestas prácticas contrarias a los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**) y a los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (**TFUE**).

TABLA DE CONTENIDO

I. ANTECEDENTES DE HECHO	3
II. LA DENUNCIA	3
III. LAS PARTES	4
1. LOGIVEND, S.L.U. (DENUNCIANTE)	4
2. EMPRESAS DENUNCIADAS	5
A. PHILIP MORRIS SPAIN, S.L. (PMS).....	5
B. JT INTERNATIONAL IBERIA, S.L.U. (JTI)	5
C. ALTADIS, S.A. (ALTADIS)	5
IV. MARCO NORMATIVO.....	5
V. MERCADO AFECTADO.....	7
1. Mercado de producto	7
2. Mercado Geográfico	8
VI. HECHOS	9
1. Las relaciones contractuales entre LOGIVEND y las empresas fabricantes de tabacos	9
A. Relación contractual con PMS.....	9
B. Relación contractual con ALTADIS	10
C. Relación contractual con JTI.....	10
2. Las resoluciones sancionadoras de la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas	11
3. Hechos relativos a finalización de los contratos en el año 2015	11
A. Hechos en relación con PMS	12
B. Hechos en relación con ALTADIS.....	14
C. Hechos en relación con JTI	14
VII. FUNDAMENTOS DE DERECHO	15
PRIMERO. Competencia para Resolver	15
SEGUNDO. Objeto de la resolución y propuesta del órgano instructor.....	16
TERCERO. Valoración de la Sala de Competencia.....	16
VIII. RESUELVE.....	19

I. ANTECEDENTES DE HECHO

- (1) El 13 de marzo de 2018, tuvo entrada en la DC una denuncia formulada por LOGIVEND, S.L.U., contra ALTADIS, S.A. (ALTADIS), PHILIP MORRIS SPAIN, S.L. (PMS) y JAPAN TOBACCO INTERNATIONAL IBERIA, S.L.U. (JTI) por una posible infracción de los artículos 1 y 2 de la LDC y los artículos 101 y 102 del TFUE.
- (2) El 6 de febrero de 2019 la DC requirió determinada información al Gabinete Técnico de la Subsecretaría de Hacienda, perteneciente al Ministerio de Hacienda, relativa a ciertas resoluciones mencionadas por LOGIVEND en su denuncia (folios 521 a 523). Dicha información fue aportada el 15 de febrero de 2019 (folios 524 a 643).
- (3) El 4 de octubre de 2019 la Dirección de Competencia requirió información a las empresas denunciadas (folios 682 a 698) quienes, tras solicitud de ampliación de plazo concedida, contestaron el 25 de octubre (PMS, folios 781 a 830 y JTI, folios 769 a 777) Y el 30 de octubre (ALTADIS, folios 835 a 865).
- (4) El 29 de junio de 2021, la DC, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 49.3 de la LDC, dictó propuesta de no incoación de expediente sancionador y de archivo de la denuncia al considerar que en los hechos denunciados no se apreciaban indicios de infracción de la LDC.
- (5) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC), en esa misma fecha de 29 de junio de 2021 la DC elevó a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC su propuesta de archivo.
- (6) La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 11 de mayo de 2022.

II. LA DENUNCIA

- (7) De acuerdo con la denuncia presentada por LOGIVEND, que consta en los folios 6 a 46, las empresas tabaqueras (ALTADIS, JTI y PMS) habrían llevado a cabo una serie de prácticas anticompetitivas con el objeto de blindar su posición en el segundo canal de ventas¹. El objetivo sería expulsar a LOGIVEND del mercado español de prestación de servicios vinculados a las máquinas expendedoras de

¹ Puntos de venta HORECA (hoteles, restaurantes y cafeterías) y gasolineras, autorizados por el Comisionado.

tabaco (servicios de verificación, servicios de mantenimiento de etiquetas y suministro de información sobre ventas).

- (8) Según la denunciante, en diciembre de 2015, LOGIVEND recibió una comunicación verbal, de forma casi simultánea, de ALTADIS, JTI y PMS, por la que se le informaba que su respectivo contrato de servicios no sería renovado. Según la denuncia, esta actuación respondería a un acuerdo colusorio con el objeto de limitar el canal de distribución de venta con recargo, con el consiguiente perjuicio para los consumidores y los actores económicos, entre ellos, LOGIVEND².
- (9) Asimismo, la citada empresa señala que, como consecuencia de dicha práctica, ALTADIS, JTI y PMS, no sólo han impedido la entrada de nuevas empresas en el mercado de prestación de servicios vinculados a máquinas expendedoras de tabaco, sino que dichas prácticas han supuesto la reducción del número de competidores, en este caso, llegando a expulsar a LOGIVEND.
- (10) LOGIVEND considera que existen indicios racionales de la existencia de infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE y de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE.

III. LAS PARTES

1. LOGIVEND, S.L.U. (DENUNCIANTE)

- (11) LOGIVEND se constituyó por ALTADIS el 23 de marzo del año 2000. La citada empresa fue propietaria de un parque de máquinas expendedoras dedicada a la prestación de servicios en el citado segundo canal de venta de tabaco, a través de la gestión y prestación de servicios en relación con las Máquinas expendedoras. En 2013 Altadis decidió poner a la venta LOGIVEND, que fue adquirida por el grupo inversor Iberia Industry Capital – IIC³.
- (12) Los servicios de suministro de información prestados a las grandes tabaquerías derivados de las máquinas expendedoras representaban un porcentaje muy significativo (82%) de los ingresos de LOGIVEND⁴. Comprendían actividades como: cambio de precios *online*; control de las ventas en tiempo real; control de

² Información aportada por el denunciante (folio 21).

³ Información disponible en la página Web: www.logivend.com, e incorporada a la información reservada (folios 867 a 869), e igualmente aportada por LOGIVEND (folio 16), así como por ALTADIS (folio 873).

⁴ Datos del año fiscal de 1 de octubre de 2014 a 30 de septiembre de 2015, por ser el último ejercicio fiscal completo previo a su liquidación.

stocks y realización de inventarios; optimización de pedidos; configuración de canales y pulsadores; control de recaudaciones y gestión de contabilidades; gestión de rutas; elaboración de albaranes; rearme de averías, y asistente de inicialización de máquina⁵.

- (13) LOGIVEND entró en liquidación en marzo de 2016 y actualmente está disuelta⁶.

2. EMPRESAS DENUNCIADAS

A. PHILIP MORRIS SPAIN, S.L. (PMS)

- (14) 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. Sus principales marcas son “Marlboro”, “Chesterfield” y “L&M”.

B. JT INTERNATIONAL IBERIA, S.L.U. (JTI)

- (15) 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”.

C. ALTADIS, S.A. (ALTADIS)

- (16) Con sede en Madrid, se constituyó el 5 de marzo de 1945. Procede de TABACALERA, antiguo monopolio del tabaco en España privatizado en 1998. En 2008 fue adquirida por la multinacional IMPERIAL TOBACCO. Sus principales marcas de cigarrillos son “Fortuna”, “Ducados” y “Nobel”.

IV. MARCO NORMATIVO

- (17) Las conductas denunciadas se refieren al mercado de venta de tabaco, concretamente a los servicios que prestan los expendedores de tabaco y puntos de venta con recargo⁷.
- (18) La normativa sectorial aplicable se concreta principalmente en la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria (LOMT) y 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

⁵ Información aportada por el denunciante (folios 11 a 13).

⁶ Información disponible en la base de datos Asexor e incorporada a la información reservada (folios 655 a 677).

⁷ Este mercado también fue analizado en el Expte. S/DC/0607/17 TABACOS.

tabaco y timbre, modificado posteriormente por el Real Decreto 748/2014, de 5 de septiembre.

- (19) En el artículo 7. Tres.1 de la LOMT se indica que constituyen **infracciones muy graves**: “c) *El ofrecimiento por los fabricantes, importadores, marquistas y distribuidores mayoristas, por sí o mediante sus agentes o representantes o por terceros, a los expendedores, o a los puntos de venta con recargo, o la aceptación por estos dos últimos, de un margen, directo o indirecto, distinto al fijado por la Ley*”.
- (20) Por su parte, el artículo 25 del Real Decreto 748/2014 regula las **Autorizaciones de venta con recargo**⁸. Este Real Decreto que modificaba la regulación sobre los puntos de venta con recargo incluida en el Real Decreto 1199/1999, operó en un doble sentido:
- a. Suprimió la posibilidad de que los titulares de autorizaciones para la venta con recargo pudieran encargar el transporte de las labores de tabaco desde el estanco hasta las máquinas expendedoras de su establecimiento ("mandato" del punto de venta a terceras empresas como LOGIVEND); y
 - b. Posibilitó que los estancos pudieran realizar la gestión delegada de las máquinas expendedoras, por cuenta y orden del titular del punto de venta, por lo que sólo podrían gestionar las máquinas expendedoras bien el titular de la autorización (bar, restaurante, etc.); bien el estancuero al que se le delegaba su gestión; pero ninguna tercera empresa, como por ejemplo LOGIVEND.

⁸ “Uno. *El Comisionado para el Mercado de Tabacos podrá autorizar la venta con recargo al por menor de tabaco a quienes sean titulares de un establecimiento mercantil que no se encuentre incurso en alguna de las prohibiciones establecidas en la normativa sanitaria, y que sea de alguna de estas categorías:*

Cuatro. La explotación y gestión de la autorización se hará a riesgo y ventura, de forma directa, por el autorizado.

No obstante, el solicitante de la autorización podrá delegar dicha gestión en el expendedor de tabaco y timbre asignado en la correspondiente autorización. El expendedor, gestionará directamente la autorización, sin persona o empresa interpuesta, si bien podrá valerse de sus familiares vinculados al negocio, o de sus dependientes, unos y otros autorizados expresamente al efecto. A estos efectos, en el correspondiente modelo de declaración-liquidación de la tasa para la autorización de venta con recargo deberá consignarse expresamente su opción por tal modalidad delegada de gestión. La gestión en ningún momento será remunerada.

Cinco. (...)

Con independencia de la modalidad de gestión elegida, el Comisionado para el Mercado de Tabacos, en caso de existir indicios de falta de correspondencia entre las ventas documentadas y la facturación real, podrá exigir la instalación de sistemas de control telemático en línea para el control de la máquina”.

- (21) Asimismo, resulta de aplicación 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), así como diversas resoluciones y circulares dictadas por el CMT en el ejercicio de sus funciones.

V. MERCADO AFECTADO

1. Mercado de producto

- (22) El modelo de negocio de LOGIVEND se basaba en el alquiler de sus máquinas expendedoras a los puntos de venta autorizados por el Comisionado para el Mercado de Tabacos (CMT) para la reventa de labores de tabaco (los llamados puntos de venta con recargo), así como en su mantenimiento y reparación, atención al cliente, captura de datos e inteligencia de negocio para las empresas tabaqueras; telemetría y *software* de gestión.
- (23) El mercado afectado por las prácticas es el segundo de ellos, el de la **prestación de servicios vinculados a las máquinas expendedoras de tabaco**, en concreto, los servicios prestados por LOGIVEND a las tres tabaqueras denunciadas, en virtud de los respectivos contratos suscritos con cada una de ellas. Dichos contratos comprenden alguno de estos servicios⁹:
- a. Información de ventas: Las máquinas propiedad de LOGIVEND cuentan con Telemetría instalada, de forma que obtienen información de las ventas realizadas de las distintas marcas de tabaco.
 - b. Seguimiento de ventas potenciales: LOGIVEND realiza un seguimiento a través de la Telemetría de las ventas perdidas¹⁰.
 - c. Distribución de etiquetas: Las tabaqueras entregan las etiquetas con la nueva imagen de sus marcas a LOGIVEND, que se encarga de repartirlas a los puntos de venta.
- (24) Las tabaqueras, interesadas en hacer el seguimiento de la evolución de sus marcas en el segundo canal, o canal de distribución de venta con recargo, compraban dichos informes a LOGIVEND, que no incluía información sobre las marcas de la competencia, sino únicamente la referida a las marcas de su

⁹ Información recogida en la Carta enviada por LOGIVEND al CMT con fecha 11 de enero de 2016 (folios 515 y 516).

¹⁰ Las ventas no realizadas por la falta de stock de los productos dentro de la misma o por averías.

titularidad. Este es el principal servicio prestado por LOGIVEND a todas las grandes tabaqueras.

- (25) LOGIVEND ostentaba una cuota de mercado del 5% en el mercado de prestación de servicios vinculados con las máquinas expendedoras de tabaco en España. Tiene presencia en todo el territorio nacional y se caracteriza por su avanzado servicio técnico y su informatización. El siguiente operador económico en España ostenta un 1,5% de la cuota de mercado.
- (26) Como se ha señalado previamente la prestación de estos servicios de suministro de información representaba el 82% de los ingresos de LOGIVEND¹¹.
- (27) Los principales clientes de LOGIVEND en lo que respecta al suministro de información eran las grandes tabaqueras, es decir, esencialmente las empresas denunciadas (PMS, JTI y ALTADIS). Estas tres empresas representan aproximadamente el 85% del mercado de fabricantes¹².

2. Mercado Geográfico

- (28) El **ámbito geográfico** del mercado afectado debe considerarse **nacional**, en la medida en que la regulación del sector del tabaco varía entre los distintos países y los datos se refieren esencialmente a las ventas de labores de tabaco en España. No obstante, precedentes nacionales han indicado que no puede considerarse el mercado español en su totalidad, porque la diferente legislación, particularmente de índole fiscal, de la Comunidad Autónoma Canaria obliga a segregar del mercado geográfico afectado esta zona del territorio nacional¹³.
- (29) Dado que las prácticas denunciadas afectan a la casi totalidad del territorio nacional en el mercado de la prestación de servicios vinculados a máquinas expendedoras de tabaco y considerando el resto de factores presentes en el expediente, las prácticas analizadas son susceptibles de tener un efecto apreciable sobre el comercio en el interior de la Unión Europea siguiendo el precedente de la Resolución del Consejo de la CNMC de 10 de abril de 2019 del expediente S/DC/0607/17 TABACOS,.

¹¹ Hasta el punto de que en ausencia de los ingresos que representaban estos servicios a las empresas denunciadas la propia existencia de LOGIVEND quedaba seriamente comprometida

¹² Información aportada por el denunciante (folio 20), pronunciándose en dicho sentido la Resolución del Consejo de 10 de abril de 2019 en el expediente S/DC/0607/17 TABACOS: “*El 95,5% de las ventas proviene de cuatro fabricantes multinacionales (PMS, ALTADIS, JTI y BAT)*”.

¹³ Expte. S/0486/00 TABACALERA / MCLANE.

VI. HECHOS

- (30) Las conductas analizadas en la información reservada se refieren a los servicios que prestaba LOGIVEND a los fabricantes de tabaco relativos a la **captura de datos e inteligencia de negocio**, mediante herramientas de *reporting* y *business intelligence* con objeto de proporcionar a cada fabricante información de sus respectivas marcas a través de las máquinas expendedoras de tabaco de su propiedad, en términos de distribución, visibilidad, ventas, etc¹⁴. En concreto, LOGIVEND ofrecía una ficha detallada de cada uno de los puntos de venta, e incluso podía proporcionar en tiempo real cifras de ventas de cajetillas a la tabaquera que contrataba el servicio.
- (31) Los principales clientes de LOGIVEND en lo que respecta al suministro de información eran las grandes tabaqueras, con las que tenía suscritos varios contratos de prestación de servicios, respecto de un conjunto de máquinas expendedoras de tabaco de su propiedad y arrendadas a terceros (punto de venta con recargo).

1. Las relaciones contractuales entre LOGIVEND y las empresas fabricantes de tabacos

A. Relación contractual con PMS

- (32) LOGIVEND y PMS suscribieron un contrato mixto de compraventa y prestación de servicios el 30 de enero de 2014, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2017 (Primer Contrato PMS) (folios 56 a 68). El objeto de dicho contrato consistía en:
- a. La adquisición por parte de LOGIVEND de 888 máquinas automáticas expendedoras propiedad de PMS.
 - b. La prestación de servicios por parte de LOGIVEND era, en concreto: (i) el mantenimiento y actualización de las etiquetas que identifican las diferentes marcas descritas en el contrato; (ii) garantizar que las marcas más demandadas de PMS estuvieran siempre debidamente aprovisionadas en las máquinas; (iii) velar para que los titulares de los puntos de venta con recargo permitieran la realización de auditorías por parte de PMS; y (iv) proporcionar a PMS una lista actualizada de las máquinas operativas junto con información sobre las ventas exclusivamente de las marcas de titularidad de PMS descritas en el

¹⁴ Información aportada por la denunciante (folios 12 a 18).

contrato, con el fin que PMS pudiera hacer un seguimiento en relación con la evolución general de las ventas.

- (33) El 16 de marzo de 2015, las partes suscribieron un segundo contrato para la prestación de servicios por parte de LOGIVEND de mantenimiento y actualización de las etiquetas que identifican las marcas en la pantalla frontal de las máquinas, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2015 pudiendo ser prorrogado por periodos de duración anual mediante acuerdo escrito de las partes (Segundo Contrato PMS) (folios 85 a 87).

B. Relación contractual con ALTADIS¹⁵

- (34) Durante los años 2006 a 2015, ALTADIS y LOGIVEND suscribieron cuatro contratos para el suministro y análisis de la información por parte de LOGIVEND, relativo a las ventas de las marcas titularidad de ALTADIS a través de las máquinas expendedoras de tabaco con el objeto de que el fabricante pudiera evaluar la evolución mensual de las ventas de sus productos y analizar su aceptación por el consumidor final (folios 110 a 212).
- (35) El 1 de enero de 2015 ALTADIS y LOGIVEND firmaron el último contrato con una vigencia hasta el 31 de diciembre de 2015 sin posibilidad de prórroga, por lo que a esa fecha, tal como dispone la estipulación primera, se considera extinguido el contrato automáticamente (folio 209).

C. Relación contractual con JTI¹⁶

- (36) Durante los años 2010 a 2015, JTI y LOGIVEND suscribieron varios contratos cuyo objeto era el suministro de información por parte de LOGIVEND sobre las ventas de JTI a través de las máquinas expendedoras de tabaco propiedad de LOGIVEND, con el objeto de que JTI pudiera evaluar la evolución de las ventas y analizar su aceptación por el consumidor final (folios 213 a 401).
- (37) El 1 de enero de 2015 suscribieron el último contrato con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2015¹⁷.

¹⁵ Contrato con ALTADIS aportando por el denunciante (folios 110 a 212).

¹⁶ Contrato con PMS aportando por el denunciante (folios 213 a 401).

¹⁷ La cláusula cuarta del contrato (relativa a la duración) establece que:

“El Contrato entrará en vigor, con carácter retroactivo, desde el 1 de enero de 2015, y tendrá una duración de un año natural, esto es, hasta el 31 de diciembre de 2015.

En caso de incumplimiento, cualquiera de las partes podrá terminar unilateralmente el contrato si habiendo sido exigido el cumplimiento, la parte incumplidora no lo subsanase en un plazo de 30 días, pudiendo exigir, en su caso, la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le hubiera causado”.

2. Las resoluciones sancionadoras de la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas

- (38) En respuesta al requerimiento de información de la DC, la citada Subsecretaria ha aportado las siguientes resoluciones sancionadoras dictadas en el año 2015.
- a. Resolución de 30 de julio de 2015, dictada por la Subsecretaria de Hacienda y Administraciones Públicas a propuesta del Comisionado para el Mercado de Tabacos, en el ámbito del expediente sancionador nº 900001/15, iniciado contra PHILIP MORRIS SPAIN, S.L.
 - b. Resolución de 30 de julio de 2015, dictada por la Subsecretaria de Hacienda y Administraciones Públicas a propuesta del Comisionado para el Mercado de Tabacos, en el ámbito del expediente sancionador nº 900002/15, iniciado contra PHILIP MORRIS SPAIN, S.L.
 - c. Resolución de 15 de diciembre de 2015, dictada por la Subsecretaria de Hacienda y Administraciones Públicas a propuesta del Comisionado para el Mercado de Tabacos, en el ámbito del expediente sancionador nº 900007/15, iniciado contra PHILIP MORRIS SPAIN, S.L.
 - d. Resolución de 14 de septiembre de 2015, dictada por la Subsecretaria de Hacienda y Administraciones Públicas a propuesta del Comisionado para el Mercado de Tabacos, en el ámbito del expediente sancionador nº 900005/15, iniciado contra J.T. INTERNACIONAL IBÉRICA S.L.
 - e. Resolución de 14 de septiembre de 2015, dictada por la Subsecretaria de Hacienda y Administraciones Públicas a propuesta del Comisionado para el Mercado de Tabacos, en el ámbito del expediente sancionador nº 900008/15, iniciado contra ALTADIS S.A.

3. Hechos relativos a finalización de los contratos en el año 2015

- (39) En diciembre de 2015, las empresas ALTADIS, PMS y JTI comunicaron verbalmente a LOGIVEND su intención de no renovar sus respectivos contratos¹⁸.

¹⁸ En el caso de PMS, consta igualmente una comunicación escrita (folios 518 a 520)

- (40) El 12 de enero de 2016, LOGIVEND se dirigió al CMT, solicitando que aclarase la situación con respecto a los contratos rescindidos, el cual respondió mediante misiva de fecha 15 de enero de 2016 en los siguientes términos¹⁹:

*“...el Comisionado se limita a **supervisar que cualquier servicio contratado** con los operadores minoristas por los fabricantes y marquistas de tabaco, **entre los que pueden encontrarse los citados en su escrito de referencia, no encubra o enmascare márgenes directos o indirectos distintos a los fijados por la Ley 13/1998** a cambio de servicios y prestaciones encubiertos, como los denominados de "distribución", consistentes básicamente en la promoción indebida de labores de tabaco en contra de la demanda real del cliente.” (énfasis añadido)*

A. Hechos en relación con PMS

- (41) El 7 de diciembre de 2015, PMS remitió un escrito a LOGIVEND en el que le informaba de que había recibido varias sanciones administrativas del CMT por la prestación de servicios de otras empresas similares a los prestados por LOGIVEND y que a partir de entonces y para evitar ser sancionado de nuevo comunicaban formalmente que el contrato finalizaba el día 31 de diciembre de 2015²⁰:

“En estas circunstancias, prolongar la vigencia del Contrato sería contraria a las Resoluciones con fuerza ejecutiva que confirman el carácter ilícito de su objeto y causa. Por lo tanto, la continuación de la relación contractual que vincula a PMS y LOGIVEND en virtud del Contrato en contra del criterio sentado por el Comisionado del Mercado de Tabacos no es jurídicamente viable y podría tener graves consecuencias para ambas entidades mercantiles.

En atención a todo ello, y en aplicación de lo previsto en la Cláusula Décima del Contrato y en el artículo 1275 del Código Civil, mediante la presente le comunicamos formalmente que el Contrato quedará automáticamente terminado y sin efecto el próximo día 31 de diciembre de 2015”.

- (42) El 2 de febrero de 2016, PMS remitió una carta de respuesta a LOGIVEND indicando lo siguiente (folio 518):

*“Acusamos recibo de su carta de 29 de enero de 2016.
En atención, a lo que ya les hemos manifestado en nuestras cartas de 7 y 22 de diciembre de 2015, y en nuestra comunicación por correo electrónico*

¹⁹ Respuesta del CMT de 15 de enero de 2016 a LOGIVEND aportada por el denunciante (folio 517).

²⁰ Según información aportada por LOGIVEND en su escrito de denuncia, burofax enviado por PMS con fecha 7 de diciembre de 2015: (folios 444 y 445 así como folios 518 a 520). Información igualmente aportada por PMS en contestación a requerimiento de información realizado por la DC (folios 793 a 795).

de fecha 25 de enero de 2016, en cuyo contenido nos reiteramos, nos sorprende que hayan seguido Uds. prestando, según manifiestan, servicios relacionados con el Contrato de Compraventa y Prestación de Servicios arriba referenciado, contrato que, como saben, quedó terminado y sin efecto el pasado día 31 de diciembre de 2015. Como comprenderán, las facturas emitidas por Uds. resultan totalmente inatendibles, pues se corresponden con servicios que en su caso se habrían prestado sin amparo contractual ni legal alguno. Les requerimos, una vez más, para que se abstengan en adelante de seguir desarrollando actividad alguna relacionada con los servicios que en su día fueron objeto del Contrato de Compraventa y Prestación de Servicios, y les advertimos de que no dudaremos en hacerles responsables de cualquier expediente administrativo que pueda incoarse por parte del Comisionado para el Mercado de Tabacos o de cualquier otro organismo administrativo, y/o de cualquier procedimiento judicial que pueda iniciarse a instancias del Ministerio Fiscal o de cualquier particular, como consecuencia de su decisión unilateral de continuar de forma Indebida en la prestación de aquellos servicios” (énfasis añadido).

- (43) Posteriormente, el 15 de marzo de 2016, PMS se puso de nuevo en contacto con LOGIVEND, en respuesta a un burofax de ésta, reiterando las razones que le llevaron a finalizar el contrato²¹.
- (44) El 24 de febrero de 2016, LOGIVEND presentó una demanda contra PMS ante el Juzgado de Primera Instancia 55 de Madrid, solicitando una declaración incumplimiento del Contrato y que se condenase a PMS al pago de una cantidad indemnizatoria.
- (45) El 6 de julio de 2018, el citado Juzgado dictó sentencia desestimando íntegramente la demanda de LOGIVEND y avalando los fundamentos expuestos por PMS- La misma fue confirmada mediante Sentencia firme dictada por la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de abril de 2019²². En la citada sentencia del Juzgado de Primera Instancia se indica lo siguiente:

“Teniendo en cuenta que la nueva reglamentación obligaba a mantenerse alejada a las productoras de cualquier tipo de gestión directa o indirecta en esos puntos de venta, denominados segundo canal, no puede compartirse la posición de la parte apelante en el sentido de que el contrato podía haber mantenido su validez y vigencia después de la aprobación del Real Decreto mencionado”. (énfasis añadido)

²¹ Carta enviada por PMS a LOGIVEND aportada por ésta última como anexo a la denuncia (folio 437).

²² Información aportada por PMS en contestación a requerimiento de información realizada por la DC (folios 781 a 792), así como Sentencia 169/2018 de 6 de julio de 2018 del Juzgado de Primera Instancia nº55 de Madrid (folios 813 a 830), Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha de 26 de abril de 2019, número 140/2019 (folios 796 a 811) y Diligencia de ordenación de 14 de junio de 2019 (folio 812).

B. Hechos en relación con ALTADIS

- (46) El 24 de febrero de 2016, LOGIVEND remitió una carta a ALTADIS en la que le indicaba lo siguiente (folio 438):

“El pasado mes de diciembre de 2015 nos comunicaron verbalmente que Altadis S.A. (“Altadis”) no iba a renovar dicho contrato. Altadis se basaría supuestamente para justificar su repentina y sorpresiva decisión en la existencia de sanciones impuestas por el Comisionado para el Mercado de Tabacos (el “Comisionado”)”.

Logivend entiende que lo que se pretende con esta medida es limitar progresivamente el canal de distribución de venta con recargo, relegando a este canal de venta a un papel meramente testimonial, con el claro perjuicio que ello supone para los consumidores y los actores económicos que, como Logivend, desarrollan íntegramente su actividad en este segmento del mercado”. (énfasis añadido)

- (47) Posteriormente, el 4 de marzo de 2016, ALTADIS respondió por escrito a la carta enviada por LOGIVEND el 24 de febrero de 2016, señalando que: *“todas las acusaciones que formulan contra esta compañía son falsas y carentes de todo fundamento”*²³.
- (48) Según ha señalado ALTADIS, los motivos que le llevaron a la decisión de no renovar y, por tanto, dejar expirar el contrato, y que se extendió también al resto de contratos de servicios relativos a las máquinas expendedoras con otras empresas, fueron: *“por una parte, la reforma legal introducida en el sector por el Real Decreto 748/2014, de 5 de septiembre; y, por otra parte, las posteriores sanciones impuestas por el CMT a Altadis en 2015 en relación con determinadas prácticas comerciales relacionadas con los servicios contratados para las Máquinas expendedoras”*²⁴.

C. Hechos en relación con JTI

- (49) Mediante carta de 24 de febrero de 2016 de LOGIVEND a JTI se hace referencia a la comunicación de no renovación del contrato por parte de JTI y a los posibles motivos que habrían justificado esta decisión (folio 441):

“El pasado mes de diciembre de 2015 nos comunicaron verbalmente que Japan Tobacco International (“JTI”) no iba a renovar dicho contrato. JTI se basaría supuestamente para justificar su repentina y sorpresiva decisión en

²³ Información anexa a la denuncia presentada por LOGIVEND, Carta enviada por ALTADIS con fecha 4 de marzo de 2016 (folio 440).

²⁴ Información aportada por ALTADIS en contestación a requerimiento de información realizado por la DC (folios 843 a 846).

la existencia de sanciones impuestas por el Comisionado para el Mercado de Tabacos (el "Comisionado").

Según las informaciones recabadas por Logivend, el Comisionado habría sancionado el ofrecimiento por parte de las tabaquerías a los estancieros y/o a los titulares de los puntos de venta con recargo inspeccionados de un margen indirecto, distinto al fijado por la ley, y por contar las máquinas inspeccionadas con una presencia desproporcionada de marcas de algún fabricante".

- (50) Mediante carta de respuesta de 3 de marzo de 2016, JTI le comunicó a LOGIVEND lo siguiente (folio 443):

"En nombre de JTI, debemos rechazar la referida acusación, carente de cualquier fundamento. JTI no ha adoptado iniciativa alguna de naturaleza anticompetitiva, no pudiendo ser calificada de tal su decisión unilateral de no renovar un determinado contrato. Ciertamente, las relaciones contractuales no son perpetuas, pudiendo cualquiera de las partes dar por terminadas si dejan de ser de su interés con toda libertad. La carta especula asimismo sobre la influencia que en esta cuestión puede haber tenido la posición adoptada por el Comisionado para el Mercado de Tabacos en esta decisión. No entraremos en polémicas a ese respecto. La posición de JTI es clara en cuanto a la completa legalidad de este tipo de contratos. Ello sin embargo no le obliga a constituir tales relaciones o renovarlas a su término, como Vds. parecen pensar"

- (51) En su respuesta al requerimiento de información realizado por la DC, la citada entidad indica que los motivos que llevaron a la resolución del contrato con LOGIVEND tienen relación con las sanciones que el CMT le impuso en el año 2015. Según JTI realizó una evaluación integral de los riesgos jurídicos y comerciales derivados de la suscripción de los referidos contratos con operadores de máquinas expendedoras, tanto personas jurídicas como físicas, e indica que:

"A results de esta evaluación JTI Iberia adoptó, de forma individual y autónoma, la decisión de no renovar ninguno de los contratos de prestación de servicios vinculados a máquinas expendedoras por motivos estratégicos y en el contexto de una incertidumbre regulatoria que, a su juicio, se derivaba de la actividad investigadora iniciada por el CMT sobre este tipo de acuerdo" (folios 776 y 777).

VII. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia para Resolver

- (52) De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley de creación de la CNMC compete a este Organismo "aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia

*de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia*²⁵. 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 “la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”²⁶.

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

SEGUNDO. Objeto de la resolución y propuesta del órgano instructor

- (54) Esta Sala debe valorar en la presente resolución si concurren los requisitos para la aplicación del artículo 49.3 de la LDC, esto es, la ausencia de indicios de infracción, para, tal como propone la DC, acordar la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones realizadas hasta el momento.
- (55) En su informe de 29 de junio de 2021, la DC propuso a esta Sala la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 49.3 de la LDC, por cuanto considera que, en relación con los hechos denunciados, no se aprecian indicios de infracción de la LDC.
- (56) En particular, la DC señala que de acuerdo con la información obrante en el expediente ALTADIS, S.A., PHILIP MORRIS SPAIN, S.L. y JAPAN TOBACCO INTERNATIONAL IBERIA, S.L.U actuaron siguiendo las indicaciones del CMT, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente.
- (57) En consecuencia, la DC no ha apreciado indicios de infracción de los artículos 1, 2 o 3 de la LDC que aconsejen continuar la tramitación del procedimiento sancionador de oficio.

TERCERO. Valoración de la Sala de Competencia

- (58) Para que exista infracción del **artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE**, se requiere que concurra un concierto de voluntades entre operadores económicos

²⁵ Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC).

²⁶ Aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

independientes y que, además, tenga por objeto, produzca o pueda producir un efecto anticompetitivo en los mercados.

- (59) En este expediente no existen pruebas directas que acrediten la existencia de un acuerdo de voluntades entre las empresas denunciadas por lo que el análisis de la prueba de indicios debería ser el cauce adecuado para una posible acreditación de la conducta. Sin embargo, los tribunales han determinado que la aplicación de este método de prueba exige que no existan explicaciones alternativas plausibles aportadas por las empresas a la posible concertación²⁷.
- (60) El análisis de los hechos permite deducir, precisamente, la existencia de una explicación alternativa a la colusión en la conducta de las empresas.
- (61) Esta Sala considera que la modificación normativa del año 2014, las sanciones impuestas por el CMT a las empresas investigadas derivadas del incumplimiento de la normativa sobre ordenación del mercado de tabacos y el temor a nuevas sanciones coincidiendo todo ello en el tiempo con la decisión de las empresas de no renovar sus contratos con LOGIVEND, podrían constituir una explicación alternativa que habría motivado la no renovación de los contratos de las empresas tabaqueras con LOGIVEND.
- (62) Refuerza tal consideración el hecho de que la decisión de no renovar los contratos por parte de las empresas investigadas no se limitó únicamente a los suscritos con LOGIVEND, sino que también resolvieron los contratos con otras empresas que prestan servicios similares.
- (63) Asimismo, cabe reseñar que, desde el punto de vista de la aplicación del derecho privado, las empresas podían resolver sus contratos en la fecha que lo hicieron porque su vigencia finalizaba el 31 de diciembre de 2015, salvo que las partes decidieran de mutuo acuerdo una prórroga.
- (64) Los tribunales se han pronunciado en relación con el contrato entre PMS y LOGIVEND, que es plenamente coincidente con los del resto de fabricantes de tabacos, considerando conforme a derecho la resolución contractual a causa de las obligaciones normativas relativas a la explotación y gestión de las máquinas expendedoras de tabacos.
- (65) Por tanto, no sólo no hay indicios de un acuerdo o práctica anticompetitiva entre las empresas fabricantes de tabacos, sino que existe una explicación alternativa más convincente que la existencia de un acuerdo colusorio: cumplir con la

²⁷ A modo de ejemplo, véase la Sentencia de la AN de 10 de diciembre de 2020 (recurso 510/2016).

normativa sobre gestión de máquinas expendedoras y con las exigencias de la CMT que ya había declarado ilícitos contratos similares²⁸.

(66) Tampoco se aprecian indicios de la existencia de un abuso de posición de dominio prohibido por los **artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE**, toda vez que, aun suponiendo que las empresas denunciadas pudieran ostentar una posición de dominio colectiva en el mercado relevante, sería necesario acreditar que el comportamiento de PMS, JTI y ALTADIS hubiera sido abusivo.

(67) La Audiencia Nacional ha señalado que²⁹:

“...para poder aplicar el artículo 2 de la LDC en el caso de posición de dominio colectiva, es necesario acreditar la existencia de una conciencia compartida de los operadores que, sin pacto colusorio, alinean sus conductas para obtener ventajas supracompetitivas.

-Este tipo de posición de dominio exige la creación de un vínculo económico o estructural que cree una “entidad colectiva” frente al mercado”. (énfasis añadido)

(68) Los hechos referidos no permiten considerar acreditada la existencia de indicios de una conciencia compartida de alineación de las conductas comerciales de las empresas denunciadas. Más bien al contrario, existe evidencia de que éstas tuvieron que ajustarse a las previsiones normativas ante la amenaza de sanciones por infracción por parte del CMT. Es decir, existe una justificación objetiva de la conducta paralela y simultánea en el tiempo de las tres denunciadas distinta de la conciencia compartida encaminada a obtener ventajas supracompetitivas que exige la doctrina sobre abuso de dominancia colectiva.

(69) En definitiva, la existencia de una explicación alternativa a la rescisión de los contratos por parte de las empresas fabricantes de tabacos, descarta su naturaleza antijurídica, pues de acuerdo con la información obrante en el expediente, éstas actuaron en todo momento siguiendo las indicaciones del CMT, así como las previsiones de la normativa vigente³⁰.

²⁸ Respuesta del CMT de 15 de enero de 2016 a LOGIVEND aportada por el denunciante (folio 517).

²⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de septiembre de 2017, en el recurso nº 41/2013 seguido a instancia de “Telefónica Móviles de España, S.A.U.”, en el expediente S/0248/10 Mensajes Cortos y confirmada por la Sentencia de Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2018.

³⁰ Como se recoge en la previsiones del Real Decreto 748/2014, de 5 de septiembre, reflejado en la Respuesta del CMT de 15 de enero de 2016 a LOGIVEND aportada por el denunciante (folio 517), y en la información aportada por PMS en contestación a requerimiento de información realizada por la DC, en la Sentencia 169/2018 de 6 de julio de 2018 del Juzgado de Primera Instancia nº55 de Madrid (folios 813 a 830): “La parte demandada no niega el hecho de la resolución unilateral del contrato y que esta se había

- (70) Como consecuencia de todo lo expuesto, esta Sala considera que no existen indicios de infracción de los artículos 1 y 2 de la LDC, ni de los artículos 101 y 102 del TFUE por parte de ALTADIS, PHILIP MORRIS SPAIN y JAPAN TOBACCO INTERNATIONAL IBERIA, denunciadas por LOGIVEND, por lo que considera que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la LDC, procede la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas a partir de la denuncia presentada.
- (71) En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

VIII. RESUELVE

Único. - No incoar procedimiento sancionador y acordar el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por LOGIVEND, S.L.U., por considerar que en este expediente no hay indicios de infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

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

*producido antes de la fecha prevista para su conclusión, pero lo ampara en que se dieron las circunstancias previstas en el propio contrato (párrafo tercero de la cláusula 10) para ello y en que, por la prohibición posterior por la Administración Pública de las prácticas comerciales en el sector de la venta de tabaco que habían dado lugar a que se suscribiese el contrato, este habría devenido ilícito, con la consiguiente aplicación del art. 1.275 del CC.(,,) La consecuencia, por tanto, a partir de la citada modificación, fue que **Logivend ya no podía operar conforme a lo previsto en el contrato en los términos que se han indicado en el anterior fundamento de derecho, pues su prestación de abastecer a los puntos de venta con recargo devino prohibida reglamentariamente**, por lo que, en aplicación del párrafo tercero de la cláusula 10 del contrato, PMS tenía derecho a darlo por resuelto sin obligación de indemnizar por dicha causa a Logivend”.*