



Roj: **SAN 4663/2025 - ECLI:ES:AN:2025:4663**

Id Cendoj: **28079230062025100450**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **03/11/2025**

Nº de Recurso: **1104/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAFAEL MARIA ESTEVEZ PENDAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0001104/2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 08098/2019

Demandante: Compañía de Distribución Integral Logista, S.A.

Procurador: DOÑA GLORIA ROBLED0 MACHUCA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAFAEL ESTEVEZ PENDAS

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Dª. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAFAEL ESTEVEZ PENDAS

Madrid, a tres de noviembre de dos mil veinticinco.

Visto por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional los autos del Procedimiento Ordinario número **1104/2019**, promovido por la mercantil Compañía de Distribución Integral Logista, S.A. (Logista), representada por la Procuradora Doña Gloria Robledo Machuca, contra la Resolución de 10 de abril de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se le impone una sanción total de 20.987.496 euros de multa, por la infracción de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por la comisión de una infracción única y continuada consistente en el intercambio de información sensible relativa a las ventas de cigarrillos desde el año 2008 hasta, al menos, el año 2017. Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.-Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando de ésta Sala, se dicte sentencia por la que :

1º. Se declare contraria a Derecho y se anule en su integridad la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 10 de abril de 2019.

2º. Subsidiariamente, se anule la referida Resolución en lo que respecta a la sanción impuesta a Logista por las razones expuestas en este escrito de demanda y particularmente por la ausencia de culpa alguna de Logista, o, más subsidiariamente, se ordene el recálculo de la sanción en atención a lo expuesto determinando (i) que el importe de la sanción se calcule teniendo en consideración, en lo que se refiere al mercado de tabaco, el importe de las de Logista en el año 2018 como importe de ventas económicas bases evitando, en todo caso, la doble contabilización de las ventas, y, adicionalmente, (ii) que el porcentaje a aplicar para determinar la sanción se ajuste sustancialmente en atención a lo expuesto.

Segundo.-El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos, imponiendo las costas a la parte demandante.

Tercero.-Practicada la prueba que en su día se admitió, se despachó por las partes el trámite de conclusiones, tras lo cual quedaron los autos para deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 24 de septiembre de 2025.

Es ponente de esta Sentencia el Magistrado Don Rafael Estévez Pendás, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.-En el presente recurso contencioso administrativo impugna la mercantil Compañía de Distribución Integral Logista, S.A. (Logista), la Resolución de 10 de abril de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se le impone una sanción total de 20.987.496 euros de multa, por la infracción de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por la comisión de una infracción única y continuada consistente en el intercambio de información sensible relativa a las ventas de cigarrillos desde el año 2008 hasta, al menos 2017.

La parte dispositiva de dicha Resolución, recaída en el expediente " NUM000 ," era del siguiente tenor literal:

"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 2017, de la que son responsables las empresas PHILLIP MORRIS SPAIN, SL, ALTADIS S.A., JT INTERNATIONAL IBERIA SLU Y COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA SA:

Segundo. Imponer las siguientes sanciones a las empresas responsables

- COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A

- Séptimo. Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento íntegro de esta resolución"

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha Resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

1. Mediante noticias de prensa 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 ello, 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, la Autoridad holandesa 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.

3. Con fechas 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.
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. Finalmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2023, rec. 7650/2021 confirmó la dictada por esta Sala el 20 de mayo de 2021, rec. 506/2017 que anuló la Orden de investigación y la actuación inspectora desarrollada en la sede de ALTADIS, S.A., IMPERIAL TOBACCO SPAIN, S.L, TABACALERA, S.L. y ALTADIS CANARIAS, S.A los días 27 y 28 de mayo de 2013, al entender nulo el consentimiento prestado por ocultar un dato relevante sobre la decisión de permitir la entrada en la sede de la empresa.
6. Con fecha 16 de junio de 2017, 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.
7. Con fecha 28 de septiembre de 2018, se acordó la ampliación de la incoación a JT INTERNATIONAL, S.A.
8. Con fecha 11 de octubre de 2018, se notificó la denegación del inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional presentada por LOGISTA, JTI, PMS y ALTADIS y el 19 de diciembre siguiente, respecto de PMS.
9. Con fecha 20 de noviembre de 2018, la Dirección de Competencia, formuló un nuevo Pliego de Concreción de Hechos, otorgándoles un plazo de 15 días para presentar las alegaciones y proponer las pruebas que considerasen oportunas.
10. Con fecha 20 de diciembre de 2018, el instructor acordó el cierre de la fase de instrucción del procedimiento.
11. Con fecha 28 de diciembre de 2019, la Dirección de Competencia adoptó la propuesta de resolución, que fue elevada, junto con las alegaciones de las empresas, a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, con fecha 25 de enero de 2019.
12. 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.
13. 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.
14. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC aprobó esta resolución en su reunión de 10 de abril de 2019.

Segundo.-Con carácter general, la Resolución recurrida expone que las conductas sancionadas se han producido en el mercado nacional de fabricación de cigarrillos aunque también aprecia efectos en el mercado mayorista de distribución.

En cuanto al *mercado de producto*, la resolución recurrida expone que 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.

En cuanto a la *distribución*, destaca que la 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.

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 expendedorías 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 expendedorías o estancos suministrarse según sus necesidades del distribuidor.

El margen comercial de los estancos se fija por Ley y es del 8,5%. Destaca 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, explica la resolución, que se trata de un bien cuya demanda se considera inelástica o insensible a la variación de los precios, al ser un producto adictivo. Los fabricantes reconocen que cada producto está orientado a un perfil específico de consumidor y existen estudios que indican que la fidelidad de los consumidores de tabaco a la marca roza el 80% (según datos de 2012 en España).

En cuanto al *mercado geográfico*, la resolución considera 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 ellas, 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.

Obligaciones de información

Los distribuidores de cigarrillos al por mayor deben remitir al Comisionado del Mercado de Tabacos (CMT) de forma periódica determinada información sobre sus ventas a los estancos.

- Diariamente: LOGISTA remite diariamente al CMT informes de sus ventas diarias por fabricante de cigarrillos. Asimismo, informes de sus ventas diarias de cigarrillos por segmentos, área de procedencia, marca, nombre y familia, en unidades físicas y en euros.

- Mensualmente: LOGISTA envía el desglose provincial de ventas efectuadas a los estancos al CMT de forma mensual.

- Trimestralmente: LOGISTA, envía 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 CMT.

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

Con toda la documentación recibida, el CMT publica mensualmente en su página web 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.

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 expendedorías (datos *sell-in*) e información de ventas de los estancos a los consumidores (datos *sell-out*). En relación con 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.

El contenido de la información *sell-in* gratuita que ofrece LOGISTA a todos los fabricantes:

Diariamente: - Existencias por producto y centro de los productos propios del fabricante. - Ventas por producto y provincia de todas las labores distribuidas por LOGISTA. - Censo de expendedorías. - 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 fecha de la resolución, LOGISTA presta el servicio *Sell-in* a 16 fabricantes e importadores con los que suscribió un contrato de distribución, entre los que se incluyen los principales fabricantes de cigarrillos en España como PMS, ALTADIS, JTI y BAT.

LOGISTA 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*. Se trata de un único fichero que LOGISTA pone a disposición de todos los fabricantes, a excepción de BAT desde 2013.

Según la Resolución impugnada, 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.

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.

Según la resolución recurrida, 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 se trata del acceso a una información pública. 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 ella. La información 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 mercado.

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

Según la Resolución, 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.

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, JTI y BAT. Se trata, además, de un sistema de intercambio de información basado en la reciprocidad entre las empresas. Los fabricantes consienten el acceso de terceros a la información sobre sus volúmenes de ventas siempre y cuando estos terceros permitan a su vez el acceso a su propia información en las mismas condiciones.

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 fabricantes en todo el territorio, por lo que su alcance es también máximo.

Considera la Resolución recurrida que 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. 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.

Sobre las características de la información, dice que 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, supone que la información sobre los datos de ventas de las empresas adquiere todavía mayor importancia y debería ser objeto de gran reserva por estas porque constituye una de las pocas variables estratégicas con la que pueden contar las empresas para competir en el mercado.

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).

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.

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.

Advierte la Resolución que pese a que el intercambio de información sobre ventas lleva produciéndose de forma ininterrumpida desde 1999-2000 hasta la actualidad, los efectos restrictivos sobre la competencia solo se han podido acreditar desde el año 2008. Lo explica porque la importancia de la información para los fabricantes creció a partir de dicho año, por diversos motivos.

Así, ante la fuerte reducción de la demanda a partir de 2008 y una 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, porque antes las subidas de impuestos y su distinto impacto 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 la caída de la demanda desplazó los patrones de consumo hacia otras marcas más baratas y otras labores de tabaco, resultando más relevante hacer un estrecho seguimiento del comportamiento de la demanda.

Por último, como los fabricantes han ido aumentando el número de referencias en sus carteras, la información proporcionada por LOGISTA ha ido ganando 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.

A partir de aquí, la resolución recurrida expone que el intercambio de información entre los fabricantes ha producido tres efectos:

a) Estabilidad de las cuotas de mercado

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.

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%.

Se comprueba que las cuotas de mercado de los cuatro principales fabricantes de cigarrillos han permanecido prácticamente inalteradas desde hace 10 años. Las cuotas de mercado de los fabricantes se estabilizan a partir del año 2008, justo cuando las ventas empezaron a caer 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). Salvo en el caso de ALTADIS, cuya cuota ha continuado la senda descendente iniciada 10 años antes (aunque de forma menos pronunciada), el resto de los competidores han mantenido durante este periodo su cuota prácticamente inalterada.

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.

Esta fuerte estabilidad de cuotas, tanto de ventas como de ingresos, a nivel nacional desde 2008, coincidiendo con la fuerte caída de la demanda, 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 él.

Las diferencias entre el mercado de cigarrillos y las del mercado de picadura de liar llevan a que en el caso de los cigarrillos los datos *sell-intengan* 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.

b) Efectos sobre los precios

Aunque 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.

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.

En el caso de los cigarrillos, 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.

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.

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 (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.

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 subiendo

los precios en la misma cuantía. Y esta falta de lógica es 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.

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.

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.

c) Efectos sobre otras variables competitivas

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 aquella (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 dicha modificación 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 de no hacerlo 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.

El 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 sus resultados en términos de aumento/disminución de las ventas o los ingresos del que la ha lanzado e impacto en sus propias ventas.

La práctica inexistencia de competencia en precios (por los factores apuntados) y la imposibilidad de competir mediante otras vías (posibilitada por el intercambio de información analizado), produce un escenario de práctica ausencia de competencia en el mercado, ante la ausencia de incentivo/interés de cada operador para ganar cuota a costa de sus competidores, al saber 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 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.

El intercambio de información sobre ventas entre los principales fabricantes 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. Ha permitido 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. Además, ha disminuido los incentivos de las empresas para utilizar los precios como herramienta competitiva, reforzando así su paralelismo 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 estabilidad 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 de las empresas a partir del año 2008.

Concluye la resolución recurrida entendiendo acreditada la existencia de 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, entre otras, la mercantil Compañía de Distribución Integral Logista, S.A. a la que impone una sanción de multa de 20.987.496 euros

Tercero.-En su escrito de demanda expone Logista que el 7 de junio de 2018 la Dirección de Competencia le notificó un primer Pliego de concreción de hechos, al que presentó alegaciones y además propuso la terminación convencional del expediente.

Añade que el 28 de noviembre de 2018, de forma sorpresiva la Dirección de Competencia le notificó un segundo Pliego de concreción de hechos, fundado en la ampliación del expediente contra JTI International, S.A., que finalmente no fue imputada. Considera que el propósito de este segundo Pliego era corregir el tiro (sic) a la vista de las alegaciones de las partes el primer Pliego.

Sostiene que el segundo Pliego de concreción de hechos no incluía ni hechos ni conductas nuevos, sino que alteraba la imputación, y además utilizaba las alegaciones de las partes al primer Pliego para replicarlas y alterar la exposición de los hechos y la justificación de la imputación, limitando la conducta de las partes desde el año 2008, eliminando del periodo considerado todo el periodo anterior que tuvo en cuenta en el primer Pliego. Considera que esta forma de modificar los cargos sin instrucción adicional alguna constituía una grave irregularidad que causaba indefensión a las partes, además de que implicaba el agotamiento del plazo máximo de instrucción, limitando de esa forma la fase de deliberación y resolución ante el Consejo de la CNMC, lo que estima contrario al artículo 50.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, vulnerando el artículo 24 de la Constitución.

Concluye denunciando que solicitó una ampliación del plazo para dictar Resolución, a fin de poder celebrar una vista en la que defender su postura, lo que se denegó indebidamente,

Cuarto.-Comenzando el examen de los aspectos formales que la demandante entiende determinarían la anulación de la Resolución recurrida, relativos al dictado de dos pliegos de concreción de hechos, debemos partir del art. 50.3 de la Ley 15/2007 según el cual " 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".

En el mismo sentido, el artículo 33.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

Se limita pues el precepto a exponer cual es contenido del pliego de concreción de hechos y en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2018, rec. 2665/2016, precisa que *"en los procedimientos para la imposición de las sanciones previstas en los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio , es en el pliego de concreción de hechos donde han de ponerse de manifiesto claramente los que se imputan, los sujetos responsables, las pruebas que han llevado a realizar la imputación, las infracciones advertidas y las sanciones que cabría imponer por las mismas. Es el acto formal por el cual la empresa es informada de las acusaciones formuladas contra ella y de los hechos sobre los que se asientan tales acusaciones, hasta el punto de que debe excluirse la imposición de una sanción por hechos distintos de los reflejados en el mismo...."*

(...) La finalidad del pliego de concreción de hechos es, insistimos, la de delimitar los que puedan ser constitutivos de infracción; y su relevancia resulta evidente, pues constituye una garantía para el expedientado que conoce sobre qué base fáctica se construye la imputación, pudiendo hacer las alegaciones y proponer las pruebas que considere necesarias para desvirtuarlos. "

A partir de aquí, la redacción de un segundo pliego de concreción de hechos, más allá de su carácter inusual en el seno del procedimiento sancionador no es un vicio invalidante, salvo que este segundo pliego incumpla la función que la ley le atribuye de delimitar los hechos que sustentan la imputación para que el sujeto expedientado pueda formular alegaciones y proponer prueba al respecto.

En este caso, la incoación de un segundo pliego de concreción de hechos obedeció, según 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 su calificación.

Por esa razón, no responde la redacción del segundo pliego, a juicio de la Sala, a una decisión arbitraria, pues encaja con la finalidad que se atribuye al Pliego de Concreción de Hechos y lo más relevante, no supuso ninguna indefensión a la mercantil demandante. En realidad, el segundo pliego de concreción de hechos redujo la infracción en cuanto a su duración a la mitad y precisó el alcance de una infracción que desaparece en la resolución recurrida.

No resulta de aplicación a este caso, a juicio de la Sala el criterio de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2018, rec. 2665/2016 que cita la recurrente, en la que la Dirección de Competencia ya había notificado a la allí recurrente, NESTLÉ, el cierre de la fase de instrucción del expediente con el fin de retrotraer el procedimiento sancionador y ampliar la duración de la conducta imputada con una absoluta quiebra del procedimiento sancionador.

Finalmente, la no celebración de vista solicitada por la recurrente no supone infracción del art. 51.3 de la Ley 15/2007, que atribuye al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia la facultad de celebrarla o no sin que esta Sala pueda suplir la decisión de aquel basada en razones de oportunidad.

Quinto.-Entrando en el fondo del asunto, conviene advertir que la Resolución recurrida califica el intercambio de información sobre ventas analizado como 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. Considera que la información intercambiada por parte de estos cuatro fabricantes de cigarrillos, a través de LOGISTA, ha tenido los efectos relevantes en el mercado que se han descrito.

Por lo tanto, la resolución recurrida califica la conducta como 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, en atención a los efectos que han provocado en el mercado la participación de los 4 principales fabricantes en la conducta.

La demandante comienza explicando sus orígenes y el mercado en el que opera.

El origen de Logista es la segregación de la división de distribución de Tabacalera en 1998 cuando se liberalizó el mercado del tabaco. Desde entonces Logista actúa como un distribuidor mayorista independiente y autónomo de cualquier fabricante e importador de tabacos. Logista no depende de ningún fabricante y tampoco es una empresa común de los fabricantes. Es independiente.

Logista actúa como un operador logístico que presta servicios a 16 fabricantes e importadores de cigarrillos entre los que se incluyen los Fabricantes. Presta dichos servicios conforme a los principios de neutralidad y no discriminación y sujeto a una regulación estricta.

Logista no tiene actividad alguna en el mercado de fabricación y venta de cigarrillos en los que la CNMC aprecia los supuestos efectos en la competencia derivado del SINF. Logista carece de interés en ese mercado ni extrae beneficio directo o indirecto del mismo.

La posición de Logista en el mercado en el que actúa (la distribución mayorista de cigarrillos), es preexistente y ajena al SINF. La Resolución reconoce que el SINF no ha tenido efectos en el mercado de distribución mayorista en el que opera Logista.

A continuación, explica el contexto regulatorio real.

Explica en este sentido que es libre la fabricación e importación de cigarrillos. Sin embargo, los fabricantes e importadores tienen la obligación de garantizar el suministro de cigarrillos en la España peninsular y en las islas Baleares. No puede haber diferencias de trato de ningún tipo.

Los fabricantes no pueden vender directamente a los estancos. Deben realizar las ventas a través de un distribuidor mayorista, que debe comprarles sus productos para luego vendérselos a los expendedores.

El fabricante o importador de cigarrillos tiene libertad para seleccionar a su

distribuidor mayorista (puede tener uno o varios). Logista no tiene ningún pacto de suministro o de distribución exclusiva con los fabricantes o importadores.

Los expendedores (los estancos), que son concesionarios del monopolio de venta minorista, están obligados a adquirir el producto de un distribuidor mayorista. No pueden adquirir el producto directamente de los fabricantes o importadores. La venta minorista es un monopolio estatal que garantiza la comercialización del producto al consumidor final al mismo precio y en las mismas condiciones. Todo ello se explica por el mantenimiento del monopolio estatal en la comercialización de los productos al cliente final (el consumidor), que, a su vez, se justifica por la relevancia sanitaria y fiscal de este producto.

Trata tras ello del contexto jurídico real: el principio de neutralidad en la distribución.

Los distribuidores mayoristas como Logista están a los obligados a comprar a los fabricantes y a vender a los expendedores. En ese contexto Logista debe respetar el principio de neutralidad al distribuir los productos de los fabricantes: debe garantizar que es neutral en su actividad de distribución mayorista a la red de expendedurías. Logista debe asegurar que es neutral en su actividad de distribución mayorista a la red de expendedurías, debe asegurar el suministro a los expendedores en las mismas condiciones (pedidos, plazos de entrega, devoluciones del producto, etc) de todos los productos que distribuye, sea cual sea el fabricante o importador.

Aborda a continuación Logista lo que llama el contexto económico real.

Explica que el precio de venta final de los cigarrillos en los estancos lo establece el fabricante o importador. Ese precio de venta al cliente final debe ser el mismo en toda la península y en las Islas Baleares. No es posible establecer precios de venta diferentes por comunidades autónomas, provincias, municipios o estancos.

Los precios de venta que establecen los fabricantes o importadores son transparentes. Los precios de venta deben ser objeto de comunicación al CMT para su publicación en el Boletín Oficial del estado, momento a partir del cual son efectivos y aplicables.

Logista no tiene capacidad para determinar o influir directa o indirectamente en el precio de venta de los productos. No puede modificar el precio de venta al público fijado por el fabricante. Tampoco puede bonificar o conceder descuentos a los expendedores, ni puede financiar o retribuir a los expendedores con un margen o retribución distinto al legalmente establecido para ellos (el 8,5% del precio de venta como comisión fija).

En consecuencia, el precio al que los fabricantes venden a Logista equivale al precio de venta final menos la comisión del expendedor. De esa cifra, se descuentan los impuestos aplicables (los impuestos especiales y el IVA representan casi el 80% del precio de venta) y la tarifa de servicios del distribuidor mayorista, hasta llegar a la cantidad que el fabricante percibe por su producto.

La obligación legal de Logista, por lo tanto, al suministrar el producto a los expendedores, es aplicar el precio de venta establecido por los fabricantes desde el mismo momento de su publicación en el BOE. Logista no puede, como reconoce la CNMC, promover la comercialización de estos productos y, en consecuencia, aunque está obligada a comprar a los fabricantes y a vender a los expendedores, no es un revendedor de cigarrillos, es decir, no adquiere los cigarrillos para revenderlos por su cuenta y riesgo y obtener así su retribución. Tampoco Logista es un agente de los fabricantes, pues no está autorizado a promover las ventas de los fabricantes, ni en su nombre, ni por su cuenta (Logista no puede, por ello, reducir el precio de venta establecido por el fabricante con cargo a su comisión).

En fin, Logista obtiene como contraprestación un ingreso (o margen bruto) que varía con relación únicamente al volumen del producto, pero no tiene relación con el precio de venta, buscando la más estricta neutralidad en el mercado.

En cuanto al SINF, comenzó a ser suministrado por Logista en el año 1999 como consecuencia de la desaparición del monopolio estatal. El SINF era transparente. No había ocultación alguna de este servicio de información. Todo interesado en este mercado, incluido el CMT, conocía la existencia del SINF.

El SINF consistía en datos sobre las ventas de cigarrillos realizadas por Logista agregada a nivel provincial y desglosada por marcas. No incluía referencia alguna a precios, promociones o nuevos lanzamientos de productos por parte de los fabricantes. No identificaba a los estancos ni, por lo tanto, las ventas de Logista realizadas a cada uno de ellos.

El SINF tenía un objeto manifiesto: garantizar a todos los fabricantes e importadores que Logista cumplía con el principio de neutralidad, de forma que no se produjeran situaciones de desabastecimiento injustificado de sus productos. El SINF permitía a los fabricantes verificar y controlar que Logista cumplía con su obligación de dispensarles un trato neutral en la distribución mayorista de sus productos y que éstos llegaban a todo el territorio. La CNMC reconoce que el SINF tenía ese objeto, si bien no lo tiene en cuenta.

El SINF se suministraba a todos los fabricantes de cigarrillos con los que Logista mantenía una relación contractual sin distinción alguna. Su objeto, relacionado con el principio de neutralidad, explica por qué el SINF era gratuito y a disposición de todos los fabricantes, muchos de los cuales no han sido imputados por la Resolución, pese a recibir también el SINF. Ningún fabricante estaba excluido del acceso al SINF y, el SINF constituía información pública en el mercado.

Logista no estaba sometida a ninguna obligación de confidencialidad que impidiera la prestación del SINF. El SINF eran datos que generaba Logista a disposición de todos los fabricantes e importadores de cigarrillos con los que Logista tenía un contrato de distribución. No existía reciprocidad en la provisión pues solo Logista tenía capacidad de generar esos datos, al referirse a ventas de la propia Logista los estancos (agregadas a nivel provincial).

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 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.

La Resolución no explica por qué se ha imputado la infracción a unos fabricantes y no a otros: como decimos, todos los fabricantes e importadores de tabaco recibían el SINF.

Finalmente, no existe prueba de que Logista tuviera duda alguna sobre la compatibilidad del SINF con las normas de competencia. La Resolución se refiere en varias ocasiones a un documento del año 2001 que la CNMC califica erróneamente como en el que se valoraba el "informe interno" concluyendo que planteaba riesgos de competencia. Ese informe no es de Logista y, en todo caso, se elaboró en el año 2001 cuando la propia CNMC considera que el SINF no tenía efecto alguno en la competencia y era lícito.

Como última cuestión fáctica recuerda Logista otros elementos derivados de la regulación del mercado del tabaco que la CNMC tampoco ha tenido en cuenta en la Resolución en su análisis de los efectos que erróneamente relaciona con el SINF, a pesar de reconocer su existencia:

Primero, como decimos, los precios de venta que establecen los fabricantes o importadores son transparentes y efectivos solamente desde que se publican en el BOE. Reiteramos que el SINF no incluía ninguna información sobre precios. Ninguna.

Segundo, está prohibida toda actividad promocional destinada a los expendedores, para preservar el principio de igualdad en la retribución de los expendedores y el respeto al principio de neutralidad en la red minorista. El único espacio físico donde los fabricantes e importadores pueden llevar a cabo una muy limitada promoción de marcas o productos del tabaco es dentro de los estancos, y ello, además, conforme a las limitaciones estrictas que incluye la supervisión previa del CMT. El SINF nada tiene que ver con la actividad promocional de los fabricantes en los estancos ni identifica acciones promocionales de los fabricantes, ni identifica los estancos donde tienen lugar.

Tercero, los fabricantes e importadores no pueden lanzar al mercado nuevos productos sin autorización previa en el contexto de un procedimiento administrativo de aprobación que es público. Ningún producto puede ser lanzado al mercado sin aprobación previa. El SINF tampoco tiene relación alguna con el lanzamiento de nuevos productos por parte de los fabricantes.

Como explicaba en detalle la perito Doña Antonia en el acto de ratificación pericial (ver a partir del minuto 2:15) es imposible que el SINF tuviera valor estratégico alguno pues, como es evidente, no afectaba a ninguna de las decisiones comerciales estratégicas que la propia CNMC identificaba en la Resolución: los precios de venta, la publicidad en los estancos o el lanzamiento de nuevos productos. El SINF es ajeno a esas variables estratégicas por lo que es imposible que pudiera resultar en la coordinación entre los Fabricantes respecto a dichas variables.

En los Fundamentos de Derecho la demandante estima en primer lugar que la Resolución impugnada vulnera el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE en relación con el artículo 24 de la Constitución.

Sostiene que el SINF no constituye un *intercambio de información concertada entre competidores*, ya que no existe un intercambio de información entre Logista y los fabricantes conforme a la jurisprudencia vinculante sobre el concepto de acuerdo o práctica concertada, no acreditando la CNMC ningún elemento de coordinación. Por otra parte, el SINF no incluía información sensible o estratégica por lo que, aunque se calificara como intercambio de información entre Logista y los fabricantes, no permitía a éstos últimos influir en el comportamiento en el mercado de sus competidores ni implicaba la revelación entre ellos de su comportamiento futuro en el mercado.

En el segundo motivo de impugnación, sostenía Logista que la Resolución recurrida vulnera el artículo 1 LDC y artículo 101.1 TFUE sin respetar los principios y elementos del tipo infractor según jurisprudencia vinculante y consolidada, y sin respetar la obligación de acreditar la infracción. Lo anterior es particularmente relevante pues, como ya advertimos, este es el primer asunto en el que la CNMC pretende sancionar lo que califica (erróneamente, como hemos visto) de intercambio de información en atención a los supuestos efectos de ese intercambio en el mercado.

En este sentido considera que hay una evidente falta de lógica de la imputación que lleva a cabo la Resolución. Sobre todo, porque no se identifica una relación de causalidad entre el SINFE y los supuestos efectos: no se entiende por qué la CNMC acaba por atribuirlos al SINFE. Se atribuye al SINFE haber causado determinados "efectos" restrictivos de la competencia a partir del año 2008 cuando se produjeron determinados cambios en el mercado pero no se explica por qué. Al contrario, toda la prueba realizada acredita que el SINFE es ajeno a las condiciones de competencia en el mercado en el que compiten los fabricantes e importadores de tabaco.

En particular la CNMC no ha realizado en la Resolución el obligado análisis contrafactual. Ello implica que la imputación no descansa en una prueba de efectos en cuanto tal, sino en meras suposiciones de la CNMC de cómo debería haberse desarrollado la competencia entre 2008 y 2017 a resultas de unos cambios en el mercado ajenos a Logista. Lo que realmente ha hecho la CNMC es comparar una situación de mercado que dice observar a partir de 2008, con aquella situación de mercado que la CNMC cree que debería haber existido, y atribuir al SINFE las diferencias que cree constatar sin explicación alguna.

Finalmente, la Resolución comete graves errores en la apreciación de esos efectos. Estos errores vician las conclusiones que realiza la CNMC. Y se explican porque la CNMC no examina el mercado afectado ni el contexto económico y jurídico que le afecta. Tampoco la CNMC tiene en cuenta las explicaciones alternativas que explican esos supuestos efectos.

Sexto.-Las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, explican que el intercambio de información puede revestir diferentes formas, directa, entre los propios competidores, indirecta a través de un organismo común (por ejemplo, una asociación comercial) o también a través de un tercero, como una organización de investigación de mercado o a través de los proveedores de las empresas o de los minoristas.

En el presente caso, la información se intercambiaba a través de un tercero, LOGISTA, el distribuidor, que comunicaba a través del acceso restringido a los fabricantes sancionados las ventas que efectuaba a los estancos. El hecho de ser un tercero y que los datos que proporcionaba eran de la propia LOGISTA y no los propios de los fabricantes no excluye la existencia del intercambio, pues lo relevante del sistema *sell in* es la reciprocidad en el acceso a la información porque todos los fabricantes incorporados al sistema podían conocer el volumen de ventas de los demás.

Los 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 de interés en la política comercial de las empresas como son los datos de volumen de ventas a los estancos.

Resulta por ello irrelevante la inexistencia de contactos acreditados entre los fabricantes pues lo determinante era el conocimiento que todos los fabricantes tenían del volumen de ventas de los demás.

Rechaza la demandante la calificación de intercambio de información anticompetitivo al no tratarse de "información estratégica porque: (a) el servicio *Sell-in* únicamente comprende información sobre el volumen de ventas y no sobre ninguna de las tres variables competitivas permitidas por la normativa sectorial; y (b) el servicio *Sell-in* permite descubrir estrategias competitivas desconocidas de un fabricante (ya sean pasadas o futuras).

Como es sabido, el intercambio de información puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia, cuando posibilita que las empresas tengan conocimiento de las estrategias de mercado de sus competidores dependiendo de las características del mercado en el que tenga lugar (tales como la concentración, la transparencia, la estabilidad, la simetría, la complejidad, etc.) y del tipo de información intercambiada, que puede modificar el entorno del mercado de referencia haciendo que sea más propicio a la coordinación.

En el presente caso, el intercambio de información a través del servicio *sell in*, presenta, en principio, caracteres de un intercambio de información restrictivo de la competencia porque, en primer lugar, la información intercambiada, esto es, el volumen de ventas diario y por marcas que LOGISTA distribuye a los estancos es relevante para los fabricantes y porque no hay una razón objetiva que explique la necesidad de que conozcan el volumen de ventas de sus competidores.

Invocan estos para explicar el acceso al volumen de ventas de LOGISTA a los expendedores la necesidad de verificar el cumplimiento del principio de neutralidad que impone la regulación del sector con el fin de que distribuidores (LOGISTA) y estancos proporcionen un trato igual en cuanto a la obligación de suministro a todas las marcas y fabricantes de tabaco.

Ahora bien, la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de tabacos y normativa tributaria, impone en su art. 3.4 a los mayoristas la obligación de suministrar tabaco elaborado a los expendedores de tabaco y timbre de forma homogéneas para todo el territorio a que se refiere el artículo 1, apartado uno, de modo que se garantice la neutralidad del suministro, atribuyendo su art. 5.3 al Comisionado del Mercado de Tabacos la función de regulador y de vigilancia de este mercado para salvaguardar la aplicación de los criterios de neutralidad y las condiciones de libre competencia efectiva en el mercado de tabacos en todo el territorio nacional.

Si el art. 5.4 de la ley impone al Comisionado la función de actuar como órgano de interlocución y relación con los distintos operadores del mercado de tabacos, ya fueren fabricantes, importadores, mayoristas, expendedurías de tabaco y timbre o puntos autorizados para la venta con recargo, y con las organizaciones que les representen, carece de sentido la explicación que ofrece no solo ALTADIS sino todos los fabricantes de que el conocimiento de los datos que ofrece el servicio *sell in* para verificar que se cumplía el principio de neutralidad.

Resulta sorprendente que en un mercado caracterizado por la transparencia con un organismo regulador responsable de verificar que los fabricantes suministran el producto con sujeción al principio de neutralidad, tengan que ser los fabricantes los que vigilen que el regulador cumple su función porque, a juicio de la Sala, si un fabricante detectase que en un día determinado sus ventas son demasiado bajas sin una razón aparente que lo justifique bastaría con informar al Comisionado del Mercado de Tabacos responsable de que el suministro no se ajusta a ese principio sin tener que analizar cada día las ventas de todos los competidores para descubrir el origen del problema.

Aunque fuera cierto que el CMT no tiene los medios para analizar en tiempo real los posibles incumplimientos del principio de neutralidad, bastaría que el fabricante en cuestión informase al Comisionado de un incumplimiento puntual sin necesidad de intercambiar los datos de venta diarios de sus competidores.

Entiende por ello la Sala que el intercambio de datos *sell in* responde exclusivamente como argumentan los fabricantes, a la finalidad de verificar el cumplimiento del principio de neutralidad por lo que el acceso recíproco a los datos de ventas diarios y por provincias de sus competidores, constituye en principio, una variable estratégica que no deberían conocer y que ante una falta de explicación alternativa razonable hace pensar en un intercambio de información anticompetitivo.

Sucede que la Resolución recurrida no ha calificado la conducta de los fabricantes de cigarrillos como una infracción por objeto, sino que el intercambio de información *sell in* ha producido, afirma, efectos anticompetitivos en atención a las características del mercado en el que se ha producido. Es la producción de efectos lo que, en opinión de la CNMC, convierte el intercambio de información *sell in* anticompetitivo.

Séptimo.-Resulta por ello necesario definir qué se entiende por infracción por efecto.

La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2025, rec. 605622 explica con cita de la jurisprudencia del TJUE, (*sentencia de 21 de diciembre de 2023, International Skating Union/Comisión, C-124/21 P, EU:C:2023:1012, apartado 109 y jurisprudencia citada*) (apartado 28), *sentencias de 21 de diciembre de 2023 -3-, Royal Antwerp Football Club (C-680/21, EU:C:2023:1010), European Superleague Company (C-333/21, EU:C:2023:1011)* y *Internacional Skating Union/Comisión (C-124/21 P, EU:C:2023:1012)* que es aquel comportamiento respecto del que se demuestre tiene por efecto real o potencial impedir, restringir o falsear la competencia de modo sensible.

De esta manera, cuando una conducta empresarial no revela por sí sola un grado suficiente de perjuicio a la competencia como para ser calificada de restricción por objeto, es necesario proceder a un análisis contextual exhaustivo, en el que se valoren sus efectos negativos reales o, al menos, potenciales, de forma suficientemente probada, sobre el juego competitivo.

Recuerda, con cita de las sentencias del TJUE, de 20 de mayo de 2010, Tetra Laval/Comisión (C-12/03 P, EU:C:2010:280), de 8 de diciembre de 2011, Chalkor/Comisión (C-386/10 P, EU:C:2011:815) o de 10 de julio de 2014, Telefónica y Telefónica de España/Comisión (C-295/12 P, EU:C:2014:2062), que el control judicial sobre las decisiones de la Comisión -y, por extensión, de las autoridades nacionales de competencia- que incorporan apreciaciones económicas complejas no puede verse restringido a un control meramente superficial o de legalidad externa, sino que ha de ser pleno y efectivo.

Cita también su propia jurisprudencia sobre a la extensión y a los límites del control jurisdiccional de las resoluciones de la CNMC que implican apreciaciones económicas complejas en relación, particularmente, con la delimitación del mercado relevante (sentencias de 20 de diciembre de 2018 -recurso de casación número 6552/2017-, de 21 de diciembre de 2018 -recurso de casación número 5720/2017- o de 8 de enero de 2019 -recurso de casación número 5618/2017-), sosteniendo que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el control judicial de apreciaciones económicas complejas realizadas por el ente regulador puede extenderse, no solo a la *"exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también a la pertinencia de los datos y su adecuación para sostener las conclusiones alcanzadas. De modo que cuando el tribunal entienda que las deducciones obtenidas no tienen una base suficiente y fiable o no existe una correspondencia lógica entre la decisión obtenida con los datos en los que se sustenta, pueden anular la decisión del organismo regulador"*(del segundo fundamento de Derecho de la sentencia de 20 de diciembre de 2018, citada).

Destaca también a propósito de los requisitos para apreciar una restricción de la competencia por efecto, la sentencia del TJUE de 5 de diciembre de 2024, Tallinna Kaubamaja Grupp y KIA Auto, en la que insiste que para apreciar una restricción por efecto ha de demostrarse que el comportamiento tiene por efecto real o potencial impedir, restringir o falsear la competencia de modo sensible y la necesidad de realizar un análisis contrafactual:

" establecer la hipótesis contrafactual tiene por objeto determinar las posibilidades realistas de comportamiento de los actores económicos de no existir el acuerdo en cuestión y determinar de este modo el juego probable y la estructura del mercado de no existir dicho acuerdo [sentencias de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18 , EU:C:2020:52 , apartado 120, y de 18 de noviembre de 2021, Visma Enterprise, C-306/20 , EU:C:2021:935, apartado 76].

32 Sin embargo, el carácter a la vez realista y creíble de la hipótesis contrafactual no pone en entredicho la posibilidad de tener en cuenta los efectos puramente potenciales de un acuerdo entre empresas para determinar si constituye una restricción de la competencia por los efectos. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado, en particular, que considerar que, cuando se haya ejecutado un acuerdo entre empresas, no podrán tenerse en cuenta los efectos potenciales de dicho acuerdo para apreciar sus efectos restrictivos de la competencia pasaría por alto tanto las características del método contrafactual inherente al examen de una restricción de la competencia por los efectos como la jurisprudencia según la cual los efectos restrictivos de la competencia pueden ser tanto actuales como potenciales, pero deben ser suficientemente acusados (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de junio de 2024, Comisión/Servier y otros, C-176/19 P, EU:C:2024:549, apartados 345 a 353).

33 Así pues, tras un examen adecuado del juego de la competencia en el marco efectivo en el que se desarrollaría de no existir el acuerdo controvertido, basta con poder comprobar la existencia de efectos restrictivos potenciales sobre la competencia que sean suficientemente acusados (véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de mayo de 1998, Deere/Comisión, C-7/95 P, EU:C:1998:256, apartados 77 y 78, y de 28 de mayo de 1998, New Holland Ford/Comisión, C-8/95 P, EU:C:1998:257, apartados 91 y 92)."

La sentencia de 27 de junio de 2024, Comisión/Servier y otros (C-176/19P, EU:C:2024:549) profundiza en el método "contrafactual" del siguiente modo:

"340 Este método, denominado «contrafactual», tiene como finalidad identificar, al aplicar el artículo 101 TFUE , apartado 1, la existencia de un nexo causal entre, por una parte, un acuerdo entre empresas y, por otra, la estructura o el funcionamiento de la competencia en el mercado en el que dicho acuerdo produce sus efectos. De este modo, permite asegurarse de que la calificación de restricción de la competencia por los efectos se reserve a los acuerdos que presentan no una mera correlación con una degradación de la situación competitiva en este mercado, sino a los que causan esa degradación.

341 El método contrafactual tiene como razón de ser el hecho de que destacar tal relación de causa-efecto tropieza con la imposibilidad de observar, en la práctica, en un mismo momento, el estado del mercado con y sin el acuerdo de que se trate, dado que estos dos estados, por definición, se excluyen mutuamente. Por tanto, es necesario comparar la situación observable, esto es, la que resulta de dicho acuerdo, con la situación que se habría producido de no haberse adoptado ese acuerdo. Por tanto, el citado método exige comparar una situación observable con una que, por definición, es hipotética, en el sentido de que no se ha producido. Pues bien, el examen de los efectos de un acuerdo entre empresas en relación con el artículo 101 TFUE implica la necesidad de tomar en consideración el marco concreto en el que se encuadra dicho acuerdo, especialmente el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas afectadas y la naturaleza de los bienes o servicios contemplados, así como las condiciones reales de funcionamiento y la estructura del mercado o mercados pertinentes. Resulta de ello que la hipótesis contrafactual, ideada partiendo de la inexistencia de tal acuerdo,

debe ser realista y creíble [véase, en este sentido, la sentencia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartados 115 a 120].

342 Por tanto, es imperativo, para la correcta aplicación del método contrafactual, asegurarse de que la comparación realizada se sustenta en bases sólidas y verificables, tanto por lo que respecta a la situación observada -la resultante del acuerdo entre empresas- como a la hipótesis contrafactual. Para ello, el punto de referencia temporal que permite realizar tal comparación debe ser el mismo para la situación observada y para la hipótesis contrafactual, de modo que debe evaluarse el carácter contrario a la competencia de un acto en el momento en el que este se cometió (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de diciembre de 2012, AstraZeneca/Comisión, C-457/10 P, EU:C:2012:770, apartado 110).

[...]

344 A diferencia de la hipótesis contrafactual, la situación observada es la que corresponde a las condiciones competitivas existentes en el momento de la celebración del acuerdo y que se derivan de este. Esta situación es real y, por tanto, no es necesario basarse en hipótesis realistas para valorarla. Por consiguiente, a efectos de declarar la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE, pueden tenerse en cuenta, para valorar esa situación, acontecimientos posteriores a la celebración de dicho acuerdo. No obstante, conforme a la jurisprudencia citada en el apartado 342 de la presente sentencia, tales acontecimientos solo son pertinentes en la medida en que contribuyan a determinar las condiciones de competencia existentes en el momento en que se cometió tal infracción, tal como se deriven directamente de la existencia de dicho acuerdo.

[...]

353 En tercer lugar, como se ha recordado en el apartado 340 de la presente sentencia, el método contrafactual no tiene por objeto prever cuál habría sido la conducta de una parte si no hubiera celebrado un acuerdo con su o sus competidores, sino destacar una relación causal entre dicho acuerdo y la degradación de la situación competitiva en el mercado, sobre la base de una hipótesis contrafactual que, aunque teórica, debe ser realista y creíble [...]"

Podemos resumir, siguiendo la síntesis realizada por el Tribunal Supremo, la jurisprudencia del TJUE acerca del análisis de una posible restricción de la competencia por efecto que ello requiere un examen adecuado del juego de la competencia en el marco efectivo en el que se desarrollaría de no existir el acuerdo controvertido y comprobar la existencia de efectos restrictivos reales o potenciales sobre la competencia que sean suficientemente acusados. Para ello es preciso analizar cuál habría sido la situación real de la competencia en ausencia del acuerdo en cuestión, así como su impacto actual o potencial sobre la competencia, que deberá ser suficientemente significativo. Las conclusiones deberán basarse en datos que sean bastantes, pertinentes y coherentes.

Octavo.-La Resolución recurrida entiende que el intercambio de información *sell in* ha producido tres efectos anticompetitivos desde 2008, lo que probablemente explica que si tal intercambio se venía realizando desde 1997, no pueda calificarse como una infracción por objeto sino únicamente en atención a los efectos que produce y que la Resolución solo identifica desde aquella fecha.

En la medida en que no se ha acreditado la existencia de contactos directos ni indirectos entre los cuatro fabricantes, tendremos que analizar las características de la información prestada a través del sistema *sell in* en el contexto específico del mercado de tabacos para verificar que se han producido los efectos que describe la resolución recurrida.

En ese análisis debemos tomar en consideración las conclusiones a las que llegan los informes periciales emitidos por en este recurso contencioso-administrativo por Compass Lexecon y por KPMG, que han sido sometidos a contradicción a presencia judicial para confrontarlas con los razonamientos de la Resolución recurrida.

La Resolución impugnada considera que la información que proporciona el servicio *sell-in* tiene carácter estratégico porque permite adoptar decisiones empresariales.

Sin embargo, coinciden los informes periciales y esta conclusión no es desvirtuada en la contestación a la demanda en que, dadas las características del mercado de tabaco los aspectos sobre los que los fabricantes pueden competir son únicamente tres, los precios, el lanzamiento de los nuevos productos y las promociones. Las dos primeras variables se refieren al medio plazo y al ámbito nacional, mientras que las promociones se proyectan sobre el corto y medio plazo y en los estancos.

Si la información *sell in* se refiere únicamente a las ventas diarias y a nivel provincial del distribuidor LOGISTA a las expendedurías, resulta que esos datos no inciden sobre las tres variables en las que compiten los fabricantes por lo que la información que proporciona, el volumen de ventas se refiere a un ámbito temporal

(diario) y geográfico (provincial) distinto del de las otras tres variables competitivas, por lo que debemos concluir que conocer el volumen de ventas a las expendedurías no resulta una variable estratégica o al menos de la relevancia suficiente para fijar una estrategia competitiva solo por el conocimiento de esos datos. La propia Resolución recurrida, en su pág 57, reconoce que *"la información sobre los datos de ventas de las empresas es una de las pocas variables estratégicas con la que pueden contar las empresas para competir en el mercado."*

Hay que tener en cuenta que los fabricantes no pueden decidir por sí mismos el volumen de cigarrillos que deben ofertar pues, según el art. 3.5 de la Ley 13/1998, de Ordenación del Mercado de Tabacos han de suministrar los productos cuya distribución realicen con regularidad y con garantía de cobertura de los suministros, en similares condiciones de servicio y plazos de entrega para todos los expendedores, neutralidad que debe vigilar el Comisionado para el Mercado de Tabacos.

Por esa razón, a juicio de la Sala, conocer el volumen de ventas a los expendedores no es determinante para fijar una estrategia competitiva, pues ese volumen de ventas puede responder a la necesidad del estanco de contar con un concreto volumen de existencias, es decir, no es relevante por sí sola para visualizar la demanda real del mercado y de ahí que resultase más interesante para los fabricantes conocer el volumen de ventas de los estancos a los consumidores, el denominado servicio *sell out*. No parece casual, a juicio de la Sala, que este servicio *sell out* lo cobre LOGISTA a los fabricantes y el servicio *sell in* resulte gratuito.

Tampoco la información *sell in* puede ser útil para conocer el resultado que ofrece la actividad promocional de los fabricantes, porque su efecto ha de analizarse en el medio plazo por lo que entiende la Sala que el conocer las ventas diarias de las diferentes marcas de tabaco a los expendedores en una provincia, no permite extraer consecuencias determinantes para decidir el lanzamiento de ofertas o de nuevos productos.

Por esa razón, aunque es cierto que el servicio *sell in* ofrece información de ventas diario y por provincias frente a la información mensual que proporciona el Comisionado del Mercado de Tabacos, no es decisiva para incidir en las variables de precio, ofertas sobre las que los fabricantes pueden competir y por lo tanto, para diseñar una estrategia competitiva con la que anticiparse a los rivales.

Se ha hablado también de la relevancia de la información *sell in* destacando que incluye las ventas a través de máquinas expendedoras y que estas ventas representan un porcentaje muy importante de las ventas totales, que solo la información *sell in* incluye las ventas de las empresas competidoras y que la información suministrada por el CMT se refiere exclusivamente a las ventas realizadas por una muestra de 2000 estancos, (es decir, los datos *sell out*).

Ahora bien, con independencia de esta precisión que no se recoge en la descripción del carácter de la información en la Resolución recurrida, no se explica cómo se proyecta el conocimiento de esta información, que no se duda puede resultar de interés, sobre las tres variables realmente competitivas, y en qué medida ese conocimiento por los fabricantes puede servirles para diseñar una estrategia comercial.

Así, aunque la Resolución recurrida reconoce en su página 67 que *"aunque los fabricantes no puedan reaccionar de inmediato al lanzamiento de nuevas 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"*, en todo caso lo anterior confirma que la información intercambiada es útil pero no es decisiva a la hora de diseñar una estrategia competitiva.

Debemos analizar ahora teniendo en cuenta la valoración que hemos realizado del carácter que tiene la información intercambiada en relación con las características del mercado de fabricación de cigarrillos, los efectos que la Resolución recurrida entiende que ha producido.

Noveno.-Ausencia de un análisis contrafactual en la resolución recurrida.

Ya hemos expuesto como la jurisprudencia del TJUE requiere comparar la situación que resulta del acuerdo o conducta anticompetitiva, con la situación que se habría producido de no haberse adoptado ese acuerdo, analizando especialmente el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas afectadas y la naturaleza de los bienes o servicios contemplados, así como las condiciones reales de funcionamiento y la estructura del mercado o mercados pertinentes.

La necesidad de este análisis es más relevante en este caso al estar operando el servicio de información *sell in* desde 1997 con normalidad hasta 2008, no ponerse de manifiesto contactos entre los competidores ni haberse acreditado la utilización del acceso al SDSI con fines anticompetitivos por ninguno de ellos.

La ausencia de análisis contra fáctico se pone de manifiesto en varios aspectos:

(I) Los resultados de BAT en el mercado no cambiaron cuando la compañía dejó de tener acceso al SDSI en 2013.

La Resolución recurrida explica que, en enero de 2013, el fabricante BAT dejó de acceder a información de *sell-insobre* marcas competidoras y el resto de fabricantes dejaron de acceder a información de *sell-insobre* sus productos por una decisión de Logista al respecto.

Destacan los informes periciales que si la tesis de la CNMC fuera correcta y el acceso al servicio de datos *sell-inpor* parte de la empresa y sus competidores tuviera el efecto de reducir o desincentivar la competencia, cabría esperar que a partir de ese momento BAT y sus competidores hubiesen cambiado sensiblemente su estrategia y conducta en el mercado, de manera que sus cuotas habrían perdido estabilidad en comparación con las del periodo anterior.

Sin embargo, la cuota de mercado de BAT, su comportamiento en el mercado así como el de sus competidores apenas han cambiado desde entonces pese a que nadie tiene ya acceso a datos de *sell-inde* productos de BAT y pese a que esta empresa ya no tiene acceso a información de *sell-inde* los productos de sus competidores.

Si la Resolución recurrida estuviese en lo cierto en su análisis y el acceso al SDSI permitiera a los fabricantes coordinar su comportamiento en el mercado, la pérdida por parte de BAT de esta herramienta habría cambiado significativamente su posición y su comportamiento competitivo. Sin embargo, esto no ha sido así.

El informe pericial de Compas Lexecom concluye en relación a esta cuestión que: *" la variación de cuotas en el periodo 2008-2017 no fue inferior al observado en el periodo 2019-2020. Y, como explicamos en los Informes CL y se recoge también en la Figura 3, tampoco fue inferior al observado antes de 2008. "*

El Abogado del Estado pretende cuestionar este argumento con el hecho de que algunos competidores como Phillip Morris adaptaron sus sistemas internos y estrategias para poder deducir los datos de BAT, pues según indicaba *"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"*.

Esta forma de actuar, ciertamente, permitiría obtener o mejor dicho deducir de los datos *sell-ina* partir del 2013, las ventas diarias totales de BAT pero este fabricante no habría podido realizar las mismas deducciones porque desde esa fecha solo recibía información de las ventas de Logista de sus propios productos (BAT) a los estancos, por lo que, según el razonamiento de la Resolución recurrida, en esa situación BAT se quedaría en peor situación competitiva después de dejar de acceder al SDSI y, en consecuencia, sus cuotas de mercado deberían haberse incluso reducido lo que no fue así y tampoco se acredita ningún cambio en el mercado.

La tabla de la página 69 de la Resolución recurrida refleja que las cuotas de mercado, en particular, la de BAT no cambió significativamente:

Además, si como se afirma, BAT es el fabricante más pequeño y dispone de poco margen de actuación para adoptar un comportamiento más agresivo en el mercado, es porque se reconoce que el acceso a la información *sell inno* produce alteraciones en el mercado.

(ii) Análisis contrafactual de la evolución de los ingresos

La Resolución recurrida sostiene que la relación entre los ingresos de los fabricantes y el volumen de ventas desde 2008 evidencia una reducción de la competencia, ya que *" la caída de los ingresos fue muy inferior, únicamente un 13% frente al 50% de las ventas"*. Lo anterior no resulta lógico para la Resolución 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.

El informe pericial de Compas Lexecom comienza afirmando que la relación entre las unidades vendidas y los ingresos de los fabricantes no es suficiente para valorar si la competencia es intensa o no, ya que como reconoce la Resolución recurrida esta relación está distorsionada por el fuerte incremento de los impuestos en el periodo 2008-2017. En este sentido sostiene que, por ejemplo, la rentabilidad obtenida por los fabricantes es un mejor indicador de la intensidad de la competencia, a cuyo efecto considera cuántos euros se embolsan los fabricantes por cada 100 euros vendidos.

Adjunta una Tabla 1 conforme a la cual, entre 2008 y 2017, a pesar de la fuerte caída de las unidades vendidas, el importe total de los impuestos sólo se redujo un 11%, sin embargo los ingresos netos cayeron un 20%, de forma que el margen de los fabricantes pasó de ingresar 14,3 euros por cada 100 euros vendidos, a ingresar 12,5 euros por cada 100 euros vendidos (cerca de un 13% de reducción del margen). La conclusión del informe pericial es que, en contra de lo afirmado en la Resolución impugnada, los márgenes de los fabricantes respecto de los ingresos totales disminuyeron entre 2008 y 2017, lo que es consistente con una intensificación de la competencia en ese periodo.

Añade además que, varios escenarios contrafactuales contradicen las conclusiones de la Resolución impugnada. Así, ni la interrupción del suministro de datos a BAT en 2013, ni a PMI a mediados de 2018, conducen a ninguna variación significativa en el margen de los fabricantes. Tampoco se produce una variación significativa en el margen de los fabricantes con el cese completo de los datos *sell-in* a partir de octubre de 2018, al punto de que entre 2018 y 2020, se redujeron de forma significativa las ventas pese a lo cual los márgenes de los fabricantes se mantuvieron estables.

(iii) Análisis contrafactual de las cuotas de mercado

La Resolución recurrida considera que las cuotas de mercado de los principales fabricantes se estabilizaron a partir de 2008 y se mantuvieron prácticamente inalterables desde entonces, a excepción del caso de Altadis. Considera la Resolución que lo anterior es llamativo en un contexto de disminución de la demanda, en el que cabría esperar una mayor volatilidad de las cuotas de mercado.

El informe pericial lleva a cabo un análisis temporal de las cuotas de mercado utilizando la Guía Práctica recomendada por la Unión Europea, y concluye que la estabilidad de las cuotas de mercado de los fabricantes en el periodo 2008-2017 no fue superior a la observado en el periodo 2002-2007 ni en el periodo posterior a la conducta infractora, el comprendido entre 2019 y 2020. Asimismo, afirma que la estabilidad de las cuotas de mercado en el periodo 2008-2017 en España, no fue superior al observado en otros países europeos.

De lo anterior concluye el informe pericial que la supuesta estabilidad de las cuotas de mercado que la Resolución impugnada atribuye a los efectos restrictivos de la conducta, en realidad se debe a la caída de la demanda, y no la distribución de los datos *sell-in* que ya venía produciéndose desde 1999 sin ningún efecto apreciable en el mercado.

(iv) Análisis contrafactual del comportamiento en precios

En relación a esta cuestión, el informe pericial parte de la afirmación de la Resolución recurrida de que el paralelismo en los precios a partir de 2008 es consecuencia de la reducción de la competencia propiciada por la distribución de los datos *sell-in*. En este sentido, mantiene el informe pericial que debería observarse una falta de paralelismo en los precios con anterioridad a 2008 y después de septiembre de 2018, cuando cesó la distribución de datos. Sin embargo, la evidencia empírica no avala lo anterior, de forma que el paralelismo de precios observado no disminuyó tras el cese de distribución de los datos *sell-in*, sino que se intensificó.

Décimo.-Por otra parte, no constan acreditados los efectos anticompetitivos que el intercambio de información *sell in*, según la Resolución recurrida, ha producido.

No demuestra la relación causa efecto entre el conocimiento de la información y los efectos que entiende han producido en el mercado, y de hecho, no aporta ningún supuesto o ejemplo que explique que el conocimiento que proporciona esa información haya servido para adoptar alguna decisión anticipándose a los demás fabricantes. No es suficiente, a juicio de la Sala, invocar como ejemplo de efecto, *"que el intercambio de información 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"* porque ya hemos explicado que esa información tiene un valor relativo a la hora de permitir a un fabricante anticiparse a sus competidores.

Tampoco es suficiente cuando la resolución afirma que *"los fabricantes no pueden 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."* No pone de manifiesto ningún ejemplo de que esto haya sucedido y reconoce implícitamente que el conocimiento del volumen de ventas no puede afectar al lanzamiento de campañas y nuevos productos porque sus efectos, son a medio y largo plazo.

Por otro lado, y como ya dijimos en el Fundamento de Derecho Noveno al analizar los informes periciales, el servicio *sell in* presta desde 1999 y sin embargo, la Resolución solo considera que produjo efectos a partir de 2008 porque entiende que a partir de esa fecha se produjo una fuerte caída de la demanda por lo que la información tuvo mayor importancia para los fabricantes que la usaron para evitar una guerra de precios, pero esta conclusión no está avalada por el análisis de los datos disponibles, como acreditan los informes periciales.

Decimoprimer.-Esta valoración de ausencia de efectos anticompetitivos no es desvirtuada por el abogado del Estado.

Insiste en que en que el valor estratégico de una información que se recibe con un retraso de un solo día - como posibilita la conducta sancionada- es mayor, que el de una información que se recibe una semana o un mes después, como sucede con la información del Comisionado del Mercado de Tabacos que se refiere

exclusivamente a las ventas realizadas por una muestra de 2.000 estancos (es decir, los datos *sell-out*) mientras que la información a la que se refiere la conducta sancionada comprende el total de ventas a todos los estancos (datos *sell-in*) datos desagregados por provincias y marcas frente a los datos *sell-out* que son agregados.

Añade que sólo la información "*sell-in*" intercambiada gracias a la conducta sancionada incluye las ventas a través de máquinas expendedoras, y que estas ventas representan un porcentaje muy importante de las ventas totales y teniendo en cuenta que solo la información "*sell-in*" incluye las ventas de las empresas competidoras, es evidente que la información que suministra es mucho más completa y, por ende, de mayor valor estratégico. Por ello, no es posible equiparar el valor que aporta la información "*sell-in*", intercambiada gracias a la conducta sancionada, que el de la información "*sell-out*" del CMT, de cara a que las empresas conozcan las estrategias y resultados de sus competidoras, cuando además la información "*sell-in*" se refiere a datos diarios y desglosados por provincias.

Aceptando en hipótesis el planteamiento del Abogado del Estado y de hecho hemos comenzado indicando que la información *sell in* es de interés para los fabricantes, sin embargo, no tiene la relevancia que se le atribuye para diseñar estrategias competitivas dadas las características del mercado de tabaco porque, ha de insistirse, los aspectos sobre los que los fabricantes pueden competir son los precios, el lanzamiento de los nuevos productos y las promociones, variables que se proyectan sobre el medio plazo y el ámbito nacional, a diferencia del volumen de ventas (diario) y (provincial).

Tampoco explica la caída de 8 puntos de cuota de mercado de ALTADIS desde 2008 que considera moderada en un contexto de fuerte reducción de la demanda, pero que no explica en tal caso por qué no se reduce la cuota de los demás si el intercambio de información lo que produce es precisamente la estabilidad de las cuotas.

Por esa razón, no podemos compartir la afirmación de la pág. 83 de la Resolución recurrida cuando dice que *"el intercambio de información sobre ventas entre los fabricantes 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"*.

No es cierta esta afirmación y además, no explica la estabilidad de las cuotas de mercado (caso de ALTADIS) ni tampoco que el intercambio haya disminuido los incentivos de las empresas para utilizar los precios como herramienta competitiva, reforzando así su paralelismo cuando reconoce que la competencia en precios, se encuentra ya de por sí restringida por las características del mercado. En realidad, llega a esta última conclusión porque entiende que es el efecto que debería producir la reducción de la demanda a partir de 2008 pero no porque ese efecto se haya acreditado.

Tampoco explica la Resolución por qué, si el intercambio de información *sell in* produjo efectos anticompetitivos entre 2008 y 2017 solo analiza la evolución de los precios entre 2013 y 2017 y no demuestra lo que afirma en la pág 107 *"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."*

Y ello porque además de que no se ha acreditado tal coordinación ni pautas comunes de conducta, los informes periciales han destacado que el movimiento colectivo de los precios es fruto de la transparencia en el mercado que provoca la intensa regulación porque los nuevos precios deben ser publicados en el BOE antes de la aplicación efectiva del incremento y el paralelismo detectado puede darse en un mercado oligopolístico como el de tabacos. Esta explicación la rechaza la CNMC al entender que el paralelismo que observa de los precios solo puede producirse si existe algún tipo de coordinación entre las empresas que, sin embargo, no ha probado.

En definitiva, entiende la Sala que el intercambio de información *sell in* no ha demostrado los efectos que la resolución recurrida le atribuye.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso contencioso-administrativo y la anulación de la resolución recurrida, sin necesidad de entrar a examinar el resto de los motivos del recurso.

Decimosegundo.-De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, procede imponer las costas a la Administración demandada, dada la estimación del recurso.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos el recurso contencioso administrativo promovido por la mercantil Compañía de Distribución Integral Logista, S.A. contra la Resolución de 10 de abril de 2019, dictada por la Sala de Competencia de



la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se le impone una sanción total de 20.987.496 de euros de multa, por la infracción de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por la comisión de una infracción única y continuada consistente en el intercambio de información sensible relativa a las ventas de cigarrillos desde el año 2008 hasta, al menos 2017, Resolución que anulamos por ser contraria a derecho.

Con imposición de costas a la Administración demandada.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDO