



Roj: **SAN 4684/2025 - ECLI:ES:AN:2025:4684**

Id Cendoj: **28079230062025100457**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **03/11/2025**

Nº de Recurso: **1106/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0001106/2019

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 08106/2019

**Demandante:** INTERNATIONAL IBERIA, S.L.U., (JTI)

**Procurador:** D<sup>a</sup> FELISA M.<sup>a</sup> GONZÁLEZ RUIZ

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. MARIA JESUS VEGAS TORRES

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

D<sup>a</sup>. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAFAEL ESTEVEZ PENDAS

Madrid, a tres de noviembre de dos mil veinticinco.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **1106/2019** promovido por la procuradora D<sup>a</sup> Felisa M.<sup>a</sup> González Ruiz, en nombre y representación de la mercantil **INTERNATIONAL IBERIA, S.L.U., (JTI)**, contra la resolución de 10 de abril de 2019, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el expediente S/DC/0607/17. Ha 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 se dictase por la que:

- (i) Declare la íntegra nulidad o anulabilidad de dicha Resolución y la multa impuesta a la recurrente o,
- (ii) subsidiariamente, la nulidad o anulabilidad parcial de la Resolución, con la correspondiente reducción del importe de la multa impuesta.
- (iii) Todo ello, por las razones expuestas a lo largo de la demanda y con expresa imposición de costas a la parte demandada.

**SEGUNDO.**- El Abogado del Estado y las demás partes personadas contestaron a la demanda mediante escritos en el que suplicaban se dictase sentencia por la que se confirmen los actos recurridos en todos sus extremos.

**TERCERO.**-Habiéndose acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en autos, se confirió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron las actuaciones conclusas para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 24 de septiembre pasado, fecha en que comenzó la deliberación, que finalizó el 15 de octubre del año en curso.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- A través de este proceso la entidad actora impugna la Resolución de la CNMC de 10 de abril de 2019, dictada en el expediente sancionador S/DC/0607/17 Tabacos.

La parte dispositiva de dicha resolución 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, el año 2017, de la que son responsables las empresas PHILIP MORRIS SPAIN, S.L., ALTADIS, S.A., JT INTERNATIONAL IBERIA, S.L.U. y COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A*

*Segundo. Imponer las siguientes sanciones a las empresas responsables:*

- PHILIP MORRIS SPAIN, S.L.: 15.297.213 euros.
- ALTADIS, S.A.: 11.426.112 euros.
- JT INTERNATIONAL IBERIA, S.L.U.: 10.000.001 euros.
- COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A.: 20.987.496 euros.

(...)

*Séptimo. - Instar a la dirección de competencia de esta comisión nacional de los mercados y la competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta resolución".*

**SEGUNDO.** -En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a la ahora recurrente en los siguientes términos:

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

*(JTI SUIZA)*

*JT INTERNATIONAL IBERIA, S.L.U. (JTI), con sede en Madrid, se constituyó el 27 de noviembre de 1996. Su objeto social se enmarca en la industria del tabaco,*

*siendo sus principales marcas de cigarrillos Winston y Camel. En el archipiélago canario, la compañía posee una fábrica de tabaco ubicada en Santa Cruz de Tenerife.*

*Es la filial española de JAPAN TOBACCO INTERNATIONAL HOLDINGS BV*

*(Países Bajos) a la que pertenece el 100% de sus acciones, cuya matriz a su vez es Japan Tobacco Inc..*

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

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

A continuación, se aborda el análisis del mercado afectado, comenzando por el marco normativo de las labores del mercado.

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

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

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

Se destaca que el impuesto especial sobre las labores del tabaco pretende disuadir de su consumo y constituye un instrumento de recaudación sobre un bien cuya demanda es bastante inelástica al precio.

Finalmente se cita la Directiva 2014/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco y los productos relacionados y por la que se deroga la Directiva 2001/37/CE y que ha sido transpuesta por el Real Decreto 579/2017, de 9 de junio, por el que se regulan determinados aspectos relativos a la fabricación, presentación y comercialización de los productos del tabaco y los productos relacionados.

Tras ello, la resolución recoge que la Dirección de Competencia considera que las conductas analizadas en este expediente se han llevado a cabo y han tenido incidencia en los mercados de tabaco nacionales y, en particular, en el de la fabricación de cigarrillos si bien también aprecia efectos en el mercado mayorista de distribución y afirma que la estructura del mercado de tabacos en España se asemeja a la definición realizada por la Comisión Europea, incluyendo las actividades de fabricación y distribución mayoristas y la actividad de comercialización al público a través de los estancos.

Refiere que las actividades de fabricación y distribución al por mayor de cigarrillos en España están liberalizadas. Que 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. Que las cuotas de mercado de los cuatro principales fabricantes experimentaron variaciones pronunciadas tras la liberación del mercado, alcanzando una gran estabilidad a partir del año 2008. Que en lo que se refiere a la actividad de distribución, en España (excluyendo las Islas Canarias), la distribución mayorista o distribución de tabaco y la minorista o comercialización está regulada de distinta forma, con una clara separación entre ambas actividades. Que la importación es libre, previa obtención de la licencia distribución mayorista del Comisionado para el Mercado de Tabacos. Que 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. Que la normativa impide a los distribuidores promover la comercialización de productos. Reitera que, aunque existen varios distribuidores mayoristas en España, el 99% de la distribución de cigarrillos se lleva a cabo a través de LOGISTA.

Continúa explicando que en el nivel de la comercialización minorista todavía existe un monopolio del Estado a través de las expendedurías oficiales que constituyen el "primer canal". Que en la actualidad existen alrededor de 13.000 estancos. Que cada fabricante de tabaco puede fijar libremente el precio de venta minorista pudiendo las expendedurías o estancos suministrarse según sus necesidades del distribuidor. Que el margen comercial de los estancos se fija por Ley y es del 8,5%.

Se 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, se insiste en que se trata de un bien cuya demanda se considera inelástica o insensible a la variación de los precios, al ser un producto adictivo.

Se añade que la demanda de cigarrillos en España sufrió una fuerte caída de las ventas entre los años 2008 a 2013, año a partir del cual la caída se suavizó.

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

Dicho lo anterior, se recogen "los Hechos Acreditados" en relación con el intercambio de información sobre ventas de cigarrillos.

Para ello, previamente se examinan las obligaciones de información de los distribuidores al CMT y el contenido de la información que el CMT publica periódicamente.

A tal efecto se recoge que, acuerdo con la normativa vigente, los distribuidores de cigarrillos al por mayor deben remitir al CMT de forma periódica determinada información sobre sus ventas a los estancos.

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

Que, por tanto, los distribuidores remiten al CMT una serie de información con la frecuencia y el detalle que se señala a continuación:

-Diariamente: Por requerimiento del CMT de 7 de abril de 2005, informes de sus ventas diarias por fabricante de cigarrillos y por requerimiento del CMT de 25 de febrero de 2013, informes de sus ventas diarias de cigarrillos por segmentos, área de procedencia, marca, nombre y familia, en unidades físicas y en euros (folio 7033). El contenido de estos documentos incluye información sobre fecha de venta, distribuidor, clase de tabaco, segmento, marca, fabricante, unidades día, kilos.

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

Que, sobre esta base, LOGISTA envía el desglose provincial de ventas efectuadas a los estancos al CMT de forma mensual.

-Trimestralmente: LOGISTA indica que, por requerimiento del CMT de 5 de octubre de 2006, envía trimestralmente al CMT el desglose de ventas a los estancos por expendedor (volúmenes 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.

A partir de todo lo expuesto, LOGISTA envía al CMT los respectivos informes anuales de ventas efectuadas a los estancos y con base en 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.

A continuación, se examina el servicio de información sobre ventas que ofrece LOGISTA a los fabricantes de tabaco con los que tiene un contrato de distribución una, proporcionándoles una serie de servicios de información sobre sus ventas. Se detalla que, 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).

Se explica en relación a los datos sell-in, que por una parte proporciona determinados datos de forma gratuita a todos los distribuidores, a saber, información sobre ventas a las Expendedorías de Tabaco y Timbre sin recibir

contraprestación alguna por ello, y que, por otra, ofrece datos adicionales con un determinado coste. Que los datos sell-out se ofrecen con un determinado coste, describiéndose este servicio por LOGISTA del siguiente modo: *"El proyecto de Sell-out se compone de los siguientes procesos en cuanto a los datos se refiere: 1. Logista recopila los datos de ventas y stock de los Puntos de Venta a través de los Terminales de Venta que utilizan. Para ello, cada Titular de la Expendeduría firma un contrato de cesión y explotación de estos datos con Logista. 2. Logista trata estos datos y prepara dos tipos de entregas: a. Raw Data: Se trata de datos diarios directos del punto de venta sólo con labores de ITG (...); b. Estimaciones de mercado (...) Incluye las marcas propias de ITG y de la competencia que distribuye Logista".*

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

A continuación, la resolución detalla el contenido de la información sell-in gratuita que LOGISTA ofrece de forma gratuita a los fabricantes en los siguientes términos:

?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 expendedurías.

- Censo de todos los productos distribuidos por LOGISTA.

?Mensualmente- Ventas por expendedor de los productos propios del fabricante.

- Ventas por expendedor, agregadas por segmento de producto (cigarrillos rubios, cigarrillos negros, picadura de liar, picadura de pipa y cigarros).

- Ventas, existencias y movimientos de los productos propios del fabricante en cada uno de los centros de Logística.

Por lo demás, se consigna que LOGISTA es el único distribuidor mayorista al que los cuatro fabricantes principales (PMS, ALTADIS, JTI y BAT) que venden cigarrillos en Península y Baleares y que estos fabricantes confirman que reciben esta información, en particular, los datos de ventas diarias de LOGISTA desagregadas por marca y provincia.

Dicho lo anterior, se afirma en la resolución sancionadora que ha quedado acreditado a través de la prueba obrante en las actuaciones que:

Desde al menos 1999, LOGISTA suministra diariamente y de forma gratuita a todos los fabricantes (y éstos reciben) información sobre ventas a estancos de todos los productos que distribuye (a excepción de los de BRITISH AMERICAN TOBACCO desde 2013), desglosados por marca y por provincia, y que entre estos fabricantes se encuentran PHILIP MORRIS, ALTADIS y JTI. 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 y que los propios fabricantes reconocieron la utilidad estratégica de los datos de ventas en el marco de un procedimiento llevado a cabo por la Autoridad Italiana de Competencia en 2004.

Recoge que, tras una protesta de los estancieros a LOGISTA pidiendo que diera las órdenes oportunas para que Logista únicamente facilite a cada fabricante los datos referentes a la adquisición de sus diferentes marcas por parte de cada expendedor, que LOGISTA elaboró un informe interno titulado "Nota sobre intercambio de información entre fabricantes", que recoge el régimen jurídico aplicable a estos intercambios de información donde se dice: "los intercambios de información individualizada semanal o mensual, entre fabricantes, a través de LOGISTA", "existe un riesgo mínimo, por no decir, inexistente de que tal práctica sea sancionada por la Comisión Europea, ya que no tiene por "objeto" ni "puede" producir un efecto restrictivo de la competencia apreciable".

A la vista de todo ello, la Dirección de Competencia propone a la Sala de Competencia que se declare la existencia de las siguientes infracciones:

a. Una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE consistente en un intercambio de información comercial sensible sobre las ventas de cigarrillos, que se habría llevado a cabo desde el año 2008 hasta, al menos, el año 2017. La Dirección de Competencia considera responsables de la citada infracción a las



empresas PHILIP MORRIS SPAIN, S.L., ALTADIS S.A., JT INTERNATIONAL IBERIA S.L.U., JT INTERNATIONAL, S.A., y COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A.

b. Una infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE consistente en un intercambio de información comercial sensible relativa a las políticas comerciales de precios, que se habría llevado a cabo en diciembre de 2016.

La Dirección de Competencia considera responsables de las citadas infracciones a las empresas BRITISH AMERICAN TOBACCO ESPAÑA S.A., PHILIP MORRIS SPAIN, S.L., ALTADIS S.A., y COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A.

La Sala de competencia considera que no consta suficientemente acreditada la infracción consistente en el intercambio de información sobre políticas comerciales de precios en diciembre de 2016, manteniendo únicamente la infracción relativa al intercambio de información comercial sensible sobre las ventas de cigarrillos, que se habría llevado a cabo desde el año 2008 hasta, al menos, el año 2017.

Respecto de ésta, resuelve que los hechos acreditados ponen de manifiesto que LOGISTA ha estado facilitando a todos los fabricantes de tabaco con los que tiene suscrito un contrato de distribución, información diaria y gratuita sobre ventas a los estancos de todas las marcas de todos los fabricantes a los que distribuye, desglosadas por las provincias de la Península y Baleares (los denominados datos "sell-in").

Que se trata de una información que difiere sustancialmente de la que periódicamente publica el CMT, porque éste publica información agregada sobre ventas provinciales con carácter mensual por lo que se trata de información sobre ventas pasadas 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, por lo que no es posible considerar que estemos ante el acceso a una información pública.

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

Que 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.

Que 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.

Que se trata, además, de un sistema de intercambio de información basado en la reciprocidad mutua entre las empresas. Que 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.

Que desde un punto de vista de la estrategia de las empresas en el mercado, el valor de la información a la que han accedido los fabricantes es indudable porque 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.

Dicho lo anterior concluye 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, con una cuota conjunta de mercado cercana al 95%.

Advierte la resolución sancionadora que, aunque los intercambios de información de las ventas sell-in llevan produciéndose de forma ininterrumpida desde 1999-2000, la infracción se califica como única y continuada desde el año 2008, fecha en la que el intercambio de información sobre ventas empezó a desplegar sus efectos restrictivos en el mercado de fabricación de tabacos, hasta el año 2017, fecha en la que se acordó el inicio del presente procedimiento sancionador.

En el apartado "efectos derivados del intercambio de información sobre ventas en el mercado de fabricación de tabacos", se recoge que el análisis de los efectos derivados del intercambio de información sobre ventas entre los principales fabricantes de tabaco en España debe partir, necesariamente, de una primera valoración sobre

la estructura y características del mercado, que analiza de forma exhaustiva, y concluye 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 el mismo.

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

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 la misma (fundamentalmente, las ventas) son compartidos de manera instantánea con el resto de los competidores.

Al conocer todos los fabricantes (tanto el que modifica su estrategia competitiva como sus competidores) de manera simultánea y cuasi inmediata los efectos que la misma tiene en términos de variación de las ventas, los competidores podrán a su vez reaccionar adoptando las medidas para contrarrestarla y con ello abortar cualquier posibilidad de que el que la promueve pueda aumentar sus ventas a expensas de los demás. Aunque los fabricantes no puedan reaccionar inmediatamente al lanzamiento de campañas promocionales y nuevos productos, sí pueden modificar campañas o lanzamientos posteriores, así como realizar un seguimiento diario de sus efectos, algo que no sería posible en ausencia de la información intercambiada. Evidentemente, la coordinación entre los principales fabricantes de cigarrillos no implica que éstos no tengan que realizar acciones promocionales, puesto que 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 los resultados de la misma en términos de aumento/disminución de las ventas o los ingresos del que la ha lanzado e impacto en sus propias ventas.

La 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.

**TERCERO.-** En su escrito de formalización de la demanda, la parte recurrente opone los siguientes motivos de impugnación:

1- Vulneración del principio de legalidad en relación con el derecho de defensa ( art 24.2CE) porque en el seno del procedimiento se ha dictado un segundo Pliego de Concreción de Hechos que modifica la acusación a la luz de las alegaciones presentadas por las partes para eludir de esa forma su eventual eficacia exculpatoria, en contra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, contenida en de la Sentencia de la Sala 3º del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2018, rec. 2665/2016.

2-Vulneración del principio de tramitación del procedimiento en un plazo razonable en relación con el derecho de defensa (infracción del artículo 24 CE, del artículo 63.1 LDC y del artículo 28.4 del RDC). La CNMC acortó de manera inverosímil la fase de resolución ante el Consejo.

3-Inexistencia de infracción del artículo 1 LDC y del artículo 101 TFUE por las conductas individuales en las que participó JTI. La Resolución no acredita que exista un acuerdo o práctica concertada, directa o indirecta, entre JTI y sus competidores, que JTI lleve a cabo uso alguno de los Datos Sell-In y que existe una explicación racional para que JTI recibiera esa información como alternativa a la existencia de la supuesta infracción: el cumplimiento del principio de neutralidad dimanante de la legislación sectorial aplicable.

4-Inexistencia de infracción por los efectos por no haber quedado acreditados efectos anticompetitivos derivados de la información de datos sell-In.

5- La sanción impuesta a la recurrente infringe los principios de culpabilidad, de legalidad, de proporcionalidad, de no discriminación y de falta de motivación

**CUARTO.-** El Abogado del Estado se opone al recurso e interesa su desestimación por los propios fundamentos de la resolución recurrida.

**QUINTO.-** Con carácter previo debemos poner de manifiesto que 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.

Esa decisión determinó la devolución de la documentación intervenida a dichas recurrentes y la imposibilidad de tomarla en consideración para fundamentar determinados aspectos de la resolución recurrida pone de manifiesto.

Dicho lo anterior, expuestos los términos del debate daremos respuesta a los motivos de impugnación articulados en la demanda-Dicho lo anterior, comenzando por el que denuncia la vulneración del principio de legalidad en relación con el derecho de defensa ( art 24.2CE) porque en el seno del procedimiento se ha dictado un segundo Pliego de Concreción de Hechos que, a juicio de la recurrente, modifica la acusación a la luz de las alegaciones presentadas por las partes para eludir de esa forma su eventual eficacia exculpatoria, en contra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, contenida en de la Sentencia de la Sala 3º del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2018, rec. 2665/2016.

Denuncia la actora que, en este caso, el segundo pliego de concreción, como se recoge de forma literal en el mimo, se formula *"teniendo en cuenta incoación efectuada contra JTI INTERNACIONAL SA., así como las alegaciones presentadas por las partes al PCH anterior con fecha 28 de septiembre de 2018 y, a la vista de las actuaciones realizadas"*

Expone JTI que, respecto del 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"* y que, en el mismo sentido, se pronuncia 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.

Cita la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2018, rec. 2665/2016, que 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, añadiendo que (...) 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 expedienteado que conoce sobre qué base fáctica se construye la imputación, pudiendo hacer las alegaciones y proponer las pruebas que considere necesarias para desvirtuarlos."*

Dicho lo anterior denuncia JTI que el segundo PCH da respuesta a las alegaciones por ella formuladas sobre el valor inexistente que tenían para las empresas los Datos Sell-In, teniendo en cuenta que el CMT publica con carácter mensual información sobre las ventas (como los datos sell-in en volumen y valor de mercado a nivel provincial y nacional) y que la DC trató de reforzar su análisis comparativo entre los Datos Sell-In y la información publicada por el CMT en los párrafos 263 al 265 del Segundo PCH, incorporando una nueva motivación que no se contenía en el Primer PCH para tratar de demostrar que los Datos Sell-In son más restrictivos de la competencia que la información publicada por el CMT.

Añade que JTI explicó en los párrafos 136 y siguientes de sus alegaciones al Primer PCH que los Datos Sell-In que recibe de forma gratuita, tienen una utilidad muy limitada y que no tienen ningún uso en la política y estrategia comercial de JTI, motivo por el que la DC introdujo en el párrafo 268 y siguientes del Segundo PCH un análisis del mercado provincia por provincia, al que no se refería en el Primer PCH.

Que JTI expuso en sus alegaciones al primer PCH las razones por las que, en virtud del principio de neutralidad y de la normativa aplicable en el mercado de los cigarrillos, la recepción de los Datos Sell-In estaba justificada y que la a DC intentó dar respuesta a estas alegaciones en seis nuevos párrafos añadidos en el Segundo PCH (párrafos 257 que no figuraban en el Primer PCH.

Que en sus alegaciones al Primer PCH, JTI expuso las razones por las que la DC no habría probado ningún efecto de la conducta con anterioridad a 2008, reconociendo la DC, en los en los párrafos 280 y 468 del Segundo PCH, que las supuestas conductas anticompetitivas sólo habrían tenido efectos desde el año 2008.

Añade que la DC incorporó en el segundo pliego toda una nueva sección (párrafos 474 y siguientes del Segundo PCH) sobre los supuestos efectos de las conductas investigadas en el mercado de la distribución, algo que no existía en el Primer PCH y que no estaban sustentadas en nuevos hechos.

Pues bien, dicho lo anterior, recordemos que la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2018, rec. 2665/2016 que cita la recurrente, desestimó el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia dictada por esta Sala en Procedimiento Ordinario núm. 343/14.

Recordemos también que, en el citado Procedimientos se impugnó la resolución de 31 de julio de 2014, del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, desestimatoria del recurso interpuesto, al amparo del artículo 47 de la Ley de Densa de la Competencia, frente a al acuerdo de la Dirección de Competencia de 24 de abril anterior por la Dirección de Competencia que había ampliado el periodo de imputación contemplada en el Pliego de Concreción de Hechos del expediente sancionador S/0425/12M.

La sentencia de esta Sala (sección 6º), anuló dichas resoluciones, por ser contrarias a Derecho, ordenando la retroacción del procedimiento correspondiente al expediente sancionador S/0425/12 seguido ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia al momento inmediatamente anterior al dictado de la referida resolución de 24 de abril de 2014, debiendo continuar por los trámites procedentes

Recordemos también que la controversia en la instancia se ciñó a resolver si la actuación de la Dirección de Investigación, que amplió el Pliego de Concreción de Hechos respecto a la sociedad Nestlé SA, podía realizarse por el cauce del artículo 105,2 LJCA, por tratarse de la rectificación de un error material o de hecho tal y como sostenía la Comisión o, por el contrario excedía de esa vía, según sostenía la entonces recurrente en la instancia, Nestlé SA, dada la relevancia de dicha actuación.

Esta Sala resolvió que el artículo. 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común no es un cauce adecuado para completar el Pliego de Concreción de Hechos en un expediente sancionador, para introducir nuevos hechos imputables a la recurrente, añadiendo que ello afecta, además, a las garantías del procedimiento sancionador, concluyendo que la ampliación del mencionado escrito no tiene cabida en la previsión contenida en el art. 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, pronunciamiento que fue ratificado por la Sala 3º del Tribunal Supremo.

Por lo demás, la Sala de Instancia resolvió que, desechada la posibilidad de la mera rectificación de un error material, en realidad la Dirección de Competencia, al dejar sin efecto el acuerdo de cierre de la fase de instrucción, ya adoptado, y modificar el pliego de concreción hechos ampliando temporalmente aquellos a los que se refería la imputación, había alterado el procedimiento establecido, que no prevé una retroacción en ese trámite y concluye que dicha infracción es subsumible en el artículo 63.1 de la Ley 30/92, y no en causa de nulidad de pleno derecho, precisando que lo que determina el pronunciamiento anulatorio es la vía por la cual se ha llevado a cabo su rectificación y la afectación al derecho de la recurrente que con ello se produjo.

En el contexto expuesto, la Sentencia del Tribunal Supremo citada recoge que la alteración *in peius* del Pliego de Hechos, implica la quiebra de los principios y garantías del procedimiento sancionador, toda vez que se introdujeron nuevas imputaciones que no aparecían en el inicial Pliego, con quiebra de las garantías del derecho de defensa, conculcándose la regla según la cual el procedimiento administrativo sancionador debe mantener la inalterabilidad de los hechos imputados, siendo válida la modificación de la calificación de los hechos pero no la motivación sustancial de los Fundamentos Fácticos de la acusación y posterior sanción ( SSTC 29/1989, 145/1993 , 169/1998).

Pues bien, a la vista de lo expuesto, entendemos que la doctrina contenida en la citada sentencia no es aplicable al caso ahora examinado por cuanto que los presupuestos de ambos recursos son diferentes , habiéndose limitado la recurrente en este procedimiento a enumerar las modificaciones contenidas en el segundo pliego de concreción de hechos y a denunciar, con cita de la doctrina contenida en la STS de 18 de julio de 2014, que el segundo pliego de concreción de hechos ha sido dictado para eludir la eventual eficacia exculpatoria de las alegaciones formuladas al primer pliego, pero sin concretar las consecuencia que ello ha podido tener y en qué manera se ha materializado la vulneración de su derecho de defensa en la resolución sancionadora impugnada.

No advertimos, por tanto, alteración *in peius* del primer Pliego de Hechos.

A lo dicho cabe añadir que, como ya hemos recogido, el defecto de forma denunciado, de acuerdo con la jurisprudencia que se invoca, no integra una causa de nulidad de pleno derecho sino un motivo de anulabilidad por lo que su estimación no determinaría la nulidad de pleno de la resolución sancionadora, sino la retroacción del procedimiento al momento en que se cometió la infracción.

Por todo lo expuesto el motivo examinado ha de ser desestimado.

**SEXTO.** -La misma surte desestimatoria debe seguir el motivo de impugnación que denuncia la vulneración del principio de tramitación del procedimiento en un plazo razonable en relación con el derecho de defensa

(infracción del artículo 24 CE, del artículo 63.1 LDC y del artículo 28.4 del RDC) y que la CNMC acortó de manera inverosímil la fase de resolución ante el Consejo.

Como recuerda el Abogado de Estado en su escrito de contestación a la demanda, de acuerdo con lo establecido en el artículo 36.1 de la Ley de Defensa de la Competencia el plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia será de dieciocho meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo.

Pues bien, de las actuaciones resulta que el expediente sancionador fue incoado el 16 de junio de 2017 y que, descontadas las tres suspensiones acordadas, que no se cuestionan por la recurrente, el *dies ad quem* de fijarse en el 22 de abril de 2019, dictándose la resolución sancionadora el día 10 de abril de 2019, notificada a la recurrente el 12 de abril siguiente y, por tanto, dentro del plazo de 18 meses que establece la Ley.

Por lo demás, carece la Sala de elementos de juicio para poder afirmar que el Consejo no dispusiera del tiempo suficiente para el correcto análisis del expediente y que el periodo de tiempo al que se extendió la fase de resolución incidiera en el contenido de la Resolución sancionadora con detrimento del derecho de defensa de la recurrente.

**SÉPTIMO.** -Desestimados los motivos de impugnación de carácter formal, abordaremos el examen de los motivos de fondo articulados en la demanda.

Pues bien, esta Sala (sección 6ª) ha dictado Sentencia en los Procedimientos Ordinarios tramitados con los números 1105/2019 y 1108/2019 de su registro, por las que se han estimado los recursos contencioso administrativos interpuestos por otras empresas sancionadas en el mismo expediente y en las que se ha anulado la resolución recurrida en este procedimiento.

Dicho pronunciamiento aparece fundamentado en los siguientes términos que venimos reiterar a continuación.

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 actora niega, en primer lugar, que exista un intercambio de información anticompetitivo.

Alega, en síntesis, que un intercambio de información requiere que los partícipes intercambien entre ellos, ya sea directamente o a través de un tercero, cierta información o ciertos datos. No obstante, en el presente caso el servicio Sell-in sólo facilita a los fabricantes de cigarrillos información sobre las ventas de LOGISTA a los estancos. No incluye información sobre (i) las ventas de PMS o de otros fabricantes, a LOGISTA o (ii) las compras de LOGISTA a PMS o a otros.

Considera por ello incorrecto afirmar que PMS ha intercambiado información con otros fabricantes, sea directa o indirectamente: de hecho, no ha transmitido información a nadie, por lo que no es posible que exista ningún tipo de "intercambio".

En segundo lugar, aunque el servicio Sell-in supusiera un intercambio de información, éste no sería contrario a los artículos 1 ni 101, puesto que no satisface ninguno de los tres requisitos que los precedentes europeos y españoles exigen para la existencia de un intercambio de información restrictivo:

(i) Ausencia de contacto directo o indirecto entre y otros competidores. Ninguno de los contratos suscritos entre PMS y LOGISTA contempla transmisión alguna de información por parte de aquella sobre sus ventas de marcas a LOGISTA o a sus competidores.

(ii) El servicio Sell-in no recoge "información estratégica porque: (a) 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 no permite descubrir estrategias competitivas desconocidas de un fabricante (ya sean pasadas o futuras).

(iii) El servicio Sell-in no es capaz de facilitar ningún paralelismo en el mercado porque debido a la regulación sectorial, la información suministrada por el servicio Sell-in no desvela pasadas o futuras decisiones



comerciales de los fabricantes de cigarrillos, siendo por ello incapaz de facilitar cualquier reacción paralela de un competidor.

Tampoco se ha acreditado la "práctica concertada" que requiere un contacto (directo o indirecto) y una coordinación o cooperación entre los competidores partícipes.

Destaca que la CNMC no ha establecido un nexo causal entre el servicio Sell-in y los supuestos efectos identificados en el mercado de cigarrillos y ha valorado erróneamente las pruebas del expediente.

En ausencia de una infracción por objeto, la CNMC debe probar, más allá de cualquier duda razonable, que el servicio Sell-in ha generado efectos restrictivos en el mercado español de cigarrillos. Sin embargo, la Resolución recurrida:

(i) no fundamenta sus conclusiones en ninguna evidencia y desarrolla un razonamiento puramente especulativo; (ii) obvia que varias de las pruebas recogidas en el expediente muestran la falta de nexo causal entre el servicio Sell-in y las características del mercado.

Por ejemplo: (a) la Resolución recurrida sigue observando los mismos "efectos" para un fabricante después de que éste dejara de recibir la información Sell-in en 2012; (b) estos "efectos" no se han detectado en relación con otras labores de tabaco (como la picadura de liar) que también se incluyen en el servicio Sell-in; y, más aún, (c) los "efectos" sólo se identifican a partir de 2008, pese a que la información Sell-in venga suministrándose desde 1999 y que las características estructurales del mercado hayan permanecido inalteradas y; (v) se desentiende de los informes económicos presentados por las partes durante el procedimiento administrativo sancionador.

**OCTAVO.-** 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 de 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 actora 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 no 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 era 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, como afirma PMS, 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 no 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 en anticompetitivo.*

**NOVENO.** - *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) e 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.

**DÉCIMO.** - 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 el informe pericial emitidos por KPMG, aportado como documento nº7 de la demanda, que ha sido sometido a contradicción a presencia judicial para confrontarlas con los razonamientos de la resolución recurrida.

La resolución recurrida 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 expendedorías, resulta que esa variable no incide 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 expendedorías 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 el 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 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.

Insiste el Abogado del Estado en su escrito de conclusiones en 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 sello ut).

Ahora bien, con independencia de esta precisión que no se recoge en la descripción del carácter de la información en la resolución recurrida, no explica el Abogado del Estado como 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 reconoce que "las empresas necesitan cierto tiempo para lanzar campañas y que su capacidad de reacción va más allá del corto plazo, contar con información diaria de las ventas por marca y provincia tanto propia como de los competidores completa sus estudios de mercado, de cara a actuales y futuras promociones". Es decir, confirma que esa información es interesante 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.

**UNDÉCIMO.** - 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 tres 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-in sobre marcas competidoras y el resto de fabricantes dejaron de acceder a información de sell-in sobre 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-in por 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-in de productos de BAT y pese a que esta empresa ya no tiene acceso a información de sell-in de 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 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-in a 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-in no produce alteraciones en el mercado.

(ii) El acceso al SDSI también permite acceder a información sobre productos del mercado del tabaco de liar (también denominado picadura), pero la resolución recurrida reconoce que dicho acceso no tiene efectos restrictivos sobre la competencia.

La resolución lo explica porque entiende que se trata de dos mercados un tanto diferentes (por tamaño, nivel de concentración, tasa de crecimiento y evolución de las cuotas de mercado) de ahí que el acceso al SDSI no tenga efectos negativos sobre la competencia en el mercado de picadura.

Razonan sin embargo los informes periciales, que las diferencias entre ambos mercados no son suficientes para explicar por qué en el mercado de cigarrillos la información sell-in tiene efectos negativos sobre la competencia y en el mercado de picadura o tabaco de liar dicha información carece de aptitud para restringir la competencia.

La explicación que ofrece la resolución recurrida (página 70), no resulta convincente para la Sala porque el tabaco de liar es un sustituto directo de los cigarrillos y de ahí la relación de interdependencia directa entre ambos mercados. A ello se añade que tanto los cigarrillos como el tabaco de liar son productos del tabaco sujetos a las mismas restricciones regulatorias (entre otros, la publicación de precios y nuevas marcas en el BOE, las restricciones de la actividad publicitaria y promocional, etc.) y, por tanto, ambos mercados presentan el mismo nivel de transparencia y dinámica competitiva.

Además, los principales operadores están presentes en ambos mercados, aunque utilicen marcas diferentes.

Por lo tanto, si como afirma la resolución recurrida en su pág 65, la caída de la demanda en 2008, 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 y existe un flujo constante de consumidores entre ambos mercados, los fabricantes de labores de tabaco deberían adoptar sus estrategias competitivas para ambos mercados de manera coherente a fin de evitar una pérdida general de ventas.

Sin embargo, el hecho de que como reconoce la resolución recurrida, el acceso a la información sell-in no tenga impacto alguno en las decisiones comerciales del mercado del tabaco de liar, pone de manifiesto que tampoco lo tiene en el mercado de cigarrillos.

(iii) La situación anterior y posterior a 2008



La resolución recurrida explica que Logista presta acceso al SDSI desde 1999, desde que se liberalizó el mercado de tabacos, por lo que, en su razonamiento el acceso a la información sell-in tendría que haber producido efectos, una reducción de la tensión competitiva en el mercado, ya desde esa fecha.

Sin embargo, la CNMC reconoce que los "efectos" negativos sobre la competencia derivados del acceso a la información de sell-in que ofrece Logista (en especial la supuesta estabilidad de cuotas de mercado) solo se observa a partir de 2008, y no antes, circunstancia que atribuye a una reducción de la demanda que habría cambiado, en su opinión, la dinámica del mercado a partir de ese año y que habría hecho que la importancia de la información de sell-in que facilita Logista a los fabricantes creciera exponencialmente a partir de ese momento.

Coincide la Sala con los informes periciales en que esta afirmación no se ve corroborada por prueba alguna.

Es más, la estabilidad de las cuotas de mercado de los fabricantes no es cierta porque en el caso de Altadis en el periodo de la supuesta infracción (2008-2017) su cuota de mercado se redujo en más de 8 puntos porcentuales (de un 37% a un 29%, según el propio análisis de la CNMC). Es más, mientras que la empresa perdió de 4 a 5 puntos de cuota de mercado entre 1999 y 2007, entre 2008 y 2017 perdió más de 8 puntos.

No resulta razonable entender que perdiera más cuota de mercado en este segundo periodo que en el primero siendo la conducta la misma.

Además, en el caso de Phillip Morris, su inversión desde 2006 en actividades promocionales de cigarrillos fue aumentando progresivamente, 41,3 millones de euros en 2006, 42,1 millones de euros en 2007, 43,8 millones de euros en 2008, 45,9 millones de euros en 2009, 49,2 millones de euros en 2010, 49,8 millones de euros en 2011 y 51,6 millones de euros en 2012.

Lo propio sucede con ALTADIS que desde 2010, ha invertido una media de 38 millones de euros al año en actividades de promoción (36,5 millones de euros dedicados específicamente a los cigarrillos), para incrementar su cartera de consumidores de cigarrillos.

En 2017, la cifra invertida en iniciativas comerciales de SKUs de cigarrillos fue de 40,3 millones de euros, lo que desvirtúa la ausencia de presión competitiva por el intercambio de la información sell-in lo que desvirtúa la relación causal que establece la resolución recurrida entre la utilización del servicio sell-in y la intensidad competitiva a partir de 2008, que no se redujo.

**DÉCIMOSEGUNDO.-** Por otra parte, no constan acreditados los efectos anticompetitivos que el intercambio de información sell-in, dice 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, el servicio sell-in se presta desde 1997 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 sin apoyo fáctico alguno.

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

Insiste 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 y la anulación de la resolución recurrida sin necesidad de entrar a examinar el resto de los motivos de impugnación articulados en la demanda.

**DÉCIMOCUARTO.** -De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 LJCA, las costas procesales han de ser impuestas a la Administración demandada.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

ESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la procuradora D<sup>a</sup> Felisa M.<sup>a</sup> González Ruiz, en nombre y representación de la mercantil **INTERNATIONAL IBERIA, S.L.U.**, (JTI), contra la resolución de 10 de abril de 2019, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el



expediente S/DC/0607/17, por la que se le impone una sanción total de 10.000.001 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.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDO