



Roj: **SAN 3154/2022 - ECLI:ES:AN:2022:3154**

Id Cendoj: **28079230062022100393**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **28/06/2022**

Nº de Recurso: **550/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3154/2022,**
AAAN 6546/2022

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000550 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 4445/2017

Demandante: LK BITRONIC, SL

Procurador: D^a M^a JESÚS GONZÁLEZ DÍEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: LOGISTA SAU

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiocho de junio de dos mil veintidós.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **550/2017**, promovido por la Procuradora de los Tribunales D^a M^a Jesús González Díez, en nombre y en representación de **LK BITRONIC, SL.**, contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 15 de junio de 2017, notificada el 27/06/2017, que acuerda no incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas en el expediente S/DC/0576/16 LOGISTA. Ha sido parte en autos la Administración demandada representada y defendida por



el Abogado del Estado y como entidad codemandada ha comparecido LOGISTA SAU , representado por el procurador D. Francisco Abajo Abril.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que, y previos los trámites oportunos, *dicte Sentencia de conformidad con la pretensión obrante en el Fundamento de Derecho Tercero, y por ello, se pretende que la Sentencia declare:*

A) *La no conformidad a derecho y por ende la nulidad de pleno derecho de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 15.06.17, notificada el siguiente 27.06.17.*

B) *La imposición de costas a la Administración demandada".*

SEGUNDO. - El Abogado del Estado y la defensa de la entidad codemandada contestan a la demanda mediante escritos en los que, respectivamente, suplican se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO. - Una vez practicadas las pruebas admitidas, se dio traslado a las partes para que presentaran escritos de conclusiones y una vez aportados quedaron los autos pendientes para votación y fallo, a cuyo efecto se señaló la audiencia del día 15 de junio del año en curso, fecha en la que tuvo lugar.

CUARTO. - En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. M^a Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - En el presente recurso contencioso administrativo se impugna la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 15 de junio de 2017, notificada el 27/06/2017, que acuerda no incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas en el expediente S/ DC/0576/16 LOGISTA, por considerar que no existen indicios de infracción de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia.

SEGUNDO. - Con el fin de centrar adecuadamente el objeto del proceso se destacan los siguientes hechos que se deducen del expediente administrativo y de las alegaciones de las partes:

1. La Dirección de Competencia recibió un escrito de denuncia presentado por LK BITRONIC, S.L. (BITRONIC) contra COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN INTEGRAL LOGISTA, S.A.U. (LOGISTA) por una supuesta infracción de los artículos 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) consistente en poner trabas a la hora de proporcionar datos a BITRONIC y otros competidores para que éstos puedan ofrecer las mismas prestaciones que su programa informático STRATOR y en situar a los proveedores de programas de gestión de estancos que compiten con STRATOR en una situación de desigualdad a través de diversas prácticas desleales.

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

3. La Dirección de Competencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, llevó a cabo una información reservada en el marco de la cual requirió a BITRONIC información sobre el programa informático que esta empresa vende a las expendedurías de tabaco, con el fin de determinar si podía haber indicios de infracción en los hechos denunciados..

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

4. La respuesta a esta solicitud de información por parte de CAIXABANK tuvo entrada en la CNMC el 5 de mayo de 2016.



Tras la aportación por la denunciante aportó nuevas evidencias sobre las razones alegadas por diversos clientes para el cambio de programa informático a STRATOR y de información complementaria, la DC elevó al Consejo de la CNMC escrito proponiendo la no incoación de expediente y el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por BITRONIC, por considerar que no hay indicios de infracción de la LDC (folios 322 a 375).

5. El Consejo de la CNMC en Sala de Competencia deliberó y adoptó la presente Resolución en su reunión de 15 de junio de 2017.

En esta Resolución se describe a LK BITRONIC, S.L. en los siguientes términos:

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

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

La empresa forma parte junto con Logic Key1, del Grupo Bitronic, que se constituyó en 1979 y cuya actividad se centra en el desarrollo e implantación de soluciones informáticas para todo tipo de negocios. Dispone de cinco delegaciones en España (Madrid, Asturias, Valencia, Málaga y Gerona) y actualmente tiene más de 9.500 clientes y una cartera que ascienda a más de 14.000 TPVs instalados por toda la península"

Por lo que se refiera a la denunciada -Compañía de Distribución Integral Logista, S.A.U. (Logista) la resolución recurrida recoge lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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



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

(...) "

Por lo que se refiere al mercado producto relevante a efectos del expediente se identifican los siguientes:

(i) el mercado de la prestación de servicios informáticos, señalándose que LOGISTA como BITRONIC prestan servicios de desarrollo e integración de *software* para la gestión integral y mantenimiento de estancos, mediante sus soluciones STRATOR y BITRONIC, respectivamente, prestando además servicios de mantenimiento del *hardware*. Se explica que STRATOR, incorpora también TPVs y garantía total prestando servicios de mantenimiento del *hardware* que conforma su propia solución. BITRONIC ofrece también al cliente la posibilidad de adquirir aquellos elementos de *hardware* que necesite así como de mantenerlos. La Sala de la CNMC señala que junto a este mercado de servicios de desarrollo e integración de *software* para la gestión integral y mantenimiento de estancos, podrían también considerarse otros mercados como el mercado de servicios de gestión propiamente dicho del negocio a través de servicios o *software* informático y que también podrían definirse mercados más estrechos como en precedentes ya resueltos por la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en otros segmentos comerciales, en los que se ha establecido que determinadas soluciones informáticas para la gestión de determinados tipos de negocio, como oficinas de farmacia en dichos expedientes, pueden constituir un mercado de producto en sí mismo, dada la escasa sustituibilidad de este producto con soluciones informáticas generales o aplicadas a la gestión de otro tipo de negocios.

(ii) Estrechamente relacionado con el mercado anterior, el mercado de distribución mayorista de tabaco, en el que LOGISTA es un actor principal ya que, de acuerdo con la información publicada por el Comisionado para el Mercado de Tabacos, en el año 2015 dispuso de una cuota en el mercado de cigarrillos del 90% sobre una facturación de 10.312 millones de euros. La DC señala igualmente que el mercado de cigarrillos supone cerca del 87% del total del mercado de labores de tabaco, que presentó en 2015 una facturación de 11.904 millones de euros, frente a 11.849 millones en el ejercicio anterior. Y ase añade que, aunque no se haya considerado relevante por la Dirección de Competencia en el presente expediente, junto al mercado de distribución mayorista de tabaco en el que opera LOGISTA, las prácticas denunciadas hacen alusión también al mercado de comercialización de productos de conveniencia, como productos complementarios para estancos y comercios minoristas, en el que opera la empresa Logista Dis, filial de LOGISTA. Este mercado incluiría artículos de fumador y otros productos relacionados con el tabaco, papelería, confitería y alimentación, accesorios de tecnología, tarjetas y otros productos de telefonía.

(iii) El mercado de servicios de seguimiento de ventas minoristas ("Sales Tracking Data") de productos de tabaco si se estimaran existentes en este sector económico características similares a las que motivaron esta definición en el sector farmacéutico.

Respecto del mercado geográfico de servicios de desarrollo e integración de *software* ese afirma que existen factores que apuntan a una dimensión europea, ya que la solución STRATOR se comercializa en otros países de la Unión, aunque las redes de captación y atención al cliente tienen un claro componente nacional. Por lo que se refiere a la distribución minorista de tabaco la DC considera que puede seguir patrones diferenciados en los distintos países, por lo tanto, los respectivos programas deberían responder a diversas casuísticas, apuntando estos parámetros a una dimensión nacional, al igual que lo que respecta a la distribución mayorista de tabaco, que por motivos regulatorios y de necesidades de infraestructuras logísticas, tiene una clara dimensión nacional.

A continuación, se describe el mercado de prestación de servicios informáticos para la gestión de estancos en España, reflejando la red de expendedurías de tabaco y timbre en España a 29 de septiembre de 2016, de acuerdo con la información suministrada en la página web del Comisionado para el Mercado de Tabacos (CMT); expone que entre los productos competidores de STRATOR se encuentran, además de BITRONIC, Gestanco, Inforestanco y Nuestro Estanco y refleja la estructura del mercado de programas informáticos de gestión para estancos, de e la que se desprende que que un 35,75% de los estancos no disponen de TPV, realizando sus pedidos a través de teléfono/fax, o a través del portal del estanco, mediante un ordenador.

Tras ello, se expone el marco normativo que regula el mercado del tabaco en España, constituido por la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria y el Real Decreto 1199/199911, de 9 de julio, por el que se desarrolla la ley anterior y se regula el estatuto concesional de la red de expendedurías de tabaco y timbre y hace especial referencia al Comisionado para el Mercado de Tabacos (CMT) con funciones reguladoras y de vigilancia, en cuyo ejercicio podrá recabar de las expendedurías la información desglosada de las ventas diarias de labores de tabaco, que se realizará en formato electrónico en aquellas que dispongan de medios informáticos.



Dicho lo anterior, explica la resolución impugnada que el Portal del Estanco (Portal) es una herramienta web que ofrece LOGISTA, disponible para todos los estancos, al que puede acceder cualquier titular de una expendedoría a través de un ordenador, no siendo necesario ningún programa informático de gestión que cuenta con un área de contenidos en la que se publican circulares de nuevos lanzamientos de productos, actualización catálogo de productos, actualización de precios publicados en el Boletín Oficial del Estado (BOE), condiciones de distribución de LOGISTA, entre otros. De cada artículo se facilita, entre otra, la siguiente información: código SAP, denominación, impuestos aplicables, precio unitario, unidad mínima de pedido y venta y código de barras, y con un área transaccional en la que el cliente puede crear/modificar/anular/consultar un pedido (ordinario/extraordinario), consultar albaranes, descargar facturas, consultar calendario de sacas, modificar sus datos. Añade que también se puede acceder al Portal a través de los distintos programas de gestión de estancos existentes en España, siendo necesaria, la homologación por parte de LOGISTA, que ha facilitado la conexión directa al Portal a todos los programas de gestión del estanco utilizados por los expendedores para poder efectuar los pedidos a LOGISTA: LK BITRONIC, Gestanco, Inforestanco, El Corte Inglés y Nuestro Estanco. En todos estos programas, es posible realizar pedidos ordinarios/extraordinarios a través del TPV.

Respecto de los hechos relacionados con el programa que BITRONIC vende a las expendedorías de tabaco se recoge que es un *software* específico destinado a gestionar los distintos aspectos que intervienen en la operativa del estanco: registro de ventas y clientes; control del inventario de artículos; elaboración y envío de pedidos a proveedores; confección de análisis y listados de control y supervisión de sus distintos apartados o el control de los arqueos de caja, entre otros. Que el *software* también ofrece a la expendedoría la posibilidad de prestar otros servicios a sus clientes - opcionales para el estanco - que se incluyen en su lógica de negocio, tales como la realización de transferencias de dinero, recargas a teléfonos móviles o el envío de mensajería/paquetería. Que también incorpora otras opciones automatizadas, destinadas a facilitar al usuario ciertos procesos, tales como los cambios de precios automáticos de las labores del tabaco, basándose en su publicación en el BOE, o la actualización automática del propio *software*. Se explica que el programa está dividido en tres partes interrelacionadas: generación y registro de ventas; mantenimiento y gestión del negocio (caja, control inventario artículos, albaranes, gestión de cuentas, confección pedidos); en relación con proveedores tanto de productos como de servicios y que en la actualidad, el programa está enlazado con tres proveedores de labores de tabaco: LOGISTA, COMET (Compañía de Tabacos del Mediterráneo) y GLOBAL PREMIUM; que para productos complementarios, el enlaza sólo con COMET y GLOBAL PREMIUM y que en relación con los servicios, el programa enlaza con la plataforma de LOGISTA para la venta de recargas a móviles, con WESTERN UNION para envíos y recepción de dinero, con DHL para la prestación del servicio de mensajería y con NIELSEN y distribuidora LOGISTA para el envío de datos de ventas de aquellos clientes con quienes ambas compañías han firmado un acuerdo de cesión de datos. Se indica que el precio de venta del *software* se determina por el número de licencias. Habitualmente, el precio de la primera es de 600 euros (475 euros en determinados casos y campañas comerciales) y de 360 euros cada licencia adicional. Que con la adquisición de la primera licencia se incluyen por un período de seis meses servicios de postventa que incluyen actualización automática del *software*, formación, resolución de dudas y consultas y asistencia en configuraciones de dispositivos y que transcurridos esos seis meses, se puede contratar opcionalmente un servicio postventa que incluye mantenimiento de *software* (misma cobertura anterior) y servicio de préstamo de material en caso de avería técnica si el dispositivo averiado fue adquirido a BITRONIC. La cuota trimestral actual es de 55,91 euros.

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

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

Por lo demás se consigna que BITRONIC ha sido homologado por LOGISTA en 2001 y 2003.

Por lo que se refiere al programa STRATOR se explica que es un programa informático desarrollado por LOGISTA para la gestión comercial y contable del estanco desarrollado en entorno web y con acceso universal desde cualquier dispositivo con conexión a internet que permite diversas funciones como pedidos a proveedores de cualquier producto, control de stocks, actualizaciones de precios, estadísticas de gestión, gestión de accesos a empleados y creación/mantenimiento de productos. Que incluye, entre otros, 5 años de



garantía total; precios de LOGISTA actualizados en el momento en que se produce variación; incorporación automática de pedidos ordinarios, extraordinarios y de tienda; artículos nuevos/descatalogados, actualizados e incorporados a la base de datos de STRATOR automáticamente (folios 45-47).

Se señala que STRATOR se vende conjuntamente con los siguientes periféricos: terminal táctil HP, teclado, ratón, visor, escáner e impresora de tickets. El precio medio de venta es de 3.088 euros (más IVA) e incluye las actualizaciones del programa y el mantenimiento del equipo durante cinco años. Todos los contratos se realizan por este período de tiempo. Se puede pagar al contado o financiado en 60 cuotas mensuales y que, de acuerdo con la información facilitada por BITRONIC, en la actualidad, LOGISTA ha lanzado un Plan Renove y un Plan Amigo. El primero consiste en una reducción del precio de hasta 1.000 € por el equipo antiguo (700 € por el equipo sea cual sea su antigüedad/marca/modelo y 300 € por recibir una formación presencial del nuevo equipo) Y el segundo consiste en la entrega de 300 euros (a descontar de las cuotas mensuales, si se pagó a plazos, o a ingresar en cuenta, si se pagó al contado) al cliente por cada nuevo cliente que vaya de su parte.

A continuación se recogen en la resolución recurrida las condiciones generales de la contratación de STRATOR, los correos remitidos por Logista a las expendedurías sobre la sustitución del sistema TPV Magenta, y el lanzamiento del programa Amigo para los clientes de STRATOR y el lanzamiento del plan Renove; las relaciones entre LOGISTA y Bitronic señalando que se remontan a 1996-1998, cuando se producen las primeras reuniones para el desarrollo del Portal y a la solicitud por parte de BITRONIC a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones CMT para la obtención/acceso regular, en igualdad competitiva, a los datos específicos de los nuevos titulares de estancos para darles a conocer un programa de gestión alternativo al que ofrece su principal distribuidor de tabaco, LOGISTA, gracias a la información que se le comunica para la ejecución de su actividad central y la respuesta negativa de aquella.

TERCERO. - En el escrito de demanda, la recurrente reitera que la empresa LOGISTA ha podido incurrir en un abuso de su posición dominante en el mercado de labores de tabaco en la comercialización de un producto conexo, el programa de gestión de estancos STRATOR, por las siguientes causas:

i) Por las restricciones impuestas a las empresas competidoras al no permitir el desarrollo de determinadas funcionalidades muy demandadas por las expendedurías, que sí permite a su programa STRATOR.

ii) Por comercializar su programa STRATOR con aprovechamiento de su posición dominante en el mercado de distribución de las labores de tabaco en la que ostenta una posición de mercado de más del 90%, al:

a. Exigir la contratación del programa STRATOR como requisito para conceder a determinadas expendedurías la financiación de sus compras de labores de tabaco, la denominada "saca", con infracción de la prohibición establecida en la normativa especial en la materia según veremos, o presionando para su contratación dada su condición de casi único proveedor.

b. Por aprovechar su posición dominante en el sector de la distribución de las labores del tabaco, tanto en la financiación que ofrece del producto (con ofertas no sostenibles por el resto de operadores del mercado), como la red de distribución empleada, como por el conocimiento de los nuevos estancos abiertos o cambios de titular habidos gracias a información privilegiada que tiene por su condición de distribuidora de las labores de tabaco.

c. Por la venta vinculada que efectúa de la venta de aparatos de hardware innecesariamente como medio para privar a las expendedurías de los programas de gestión ostentados hasta la fecha.

iii) Por la exigencia de prestaciones innecesarias para el servicio contratado, como es la cesión obligatoria de todos los datos de la actividad de las expendedurías, incluidos los datos de los competidores (sin limitación alguna y sin especificar qué uso va a darse a dichos datos), y, en consecuencia la obligación de empleo del programa STRATOR para la realización de todas las operaciones comerciales, con la exclusiva finalidad de, con carácter previo se reforzar su posición de dominio en el mercado de labores de tabaco. Así como por la vinculación de la compra del programa a la adquisición de productos de conveniencia a través, como veremos, de su oferta en Logista Dis.

Afirma que dichas conductas están produciendo una efectiva afectación a la competencia en el sector tanto por la privación de elección de los estancieros, como por la restricción de acceso a los competidores en el mercado, consecuencia del abuso de esa posición dominante en el mercado principal y del que directamente depende la comercialización del STRATOR, así como por maximizar su posición en el mercado de los productos de conveniencia.

Denuncia la indebida valoración de los hechos por parte de la CNMC. A estos efectos recuerda que las actividades y servicios prestados por LOGISTA en relación con las expendedurías de tabaco son los siguientes:



- a) Distribución de labores de tabaco, teniendo en dicho mercado una posición de dominio del 90%, consecuencia del monopolio heredado de Tabacalera.
- b) Prestación de servicios electrónicos: recargas telefónicas, tarjetas de transporte, transferencias de dinero, loterías, etc.
- c) Distribución de productos de conveniencia, que antes efectuaba directamente y actualmente se presta a través de LogistaDis.
- d) Distribución desde abril de 2015 de programa de gestión integral de estancos, STRATOR.

Considera que el mercado de producto afectado por las conductas denunciadas no puede quedar reducido al mercado de los servicios de desarrollo de software para la gestión del estanco, pues no es posible entender adecuadamente la conducta abusiva que se imputa a LOGISTA, si no es contemplada precisamente desde la perspectiva del servicio total e integral de servicios que LOGISTA pretende prestar a las expendedorías, con ramificaciones y conexiones entre sus actividades con las que, en definitiva, pretende convertirse en proveedor dominante respecto de todos los servicios requeridos por las expendedorías.

Explica que las expendedorías están en una situación de absoluta dependencia respecto de LOGISTA, dado que la misma controla la práctica totalidad del mercado de distribución de labores de tabaco y denuncia que el Consejo ha realizado un análisis incompleto e insuficiente del concreto mercado de prestación de servicios informáticos para la gestión de estancos, pues atiende a datos parciales para la fijación de la posición de mercado, ignorando las importantes variaciones que en el mismo se ha producido a lo largo de la tramitación del expediente, en una visión incompleta que no tiene en cuenta precisamente el inexplicable aumento, desde el punto de vista normal del mercado, de la posición del STRATOR entre los estanqueros.

Discrepa de la fundamentación de la resolución impugnada manifestando que:

- LOGISTA alcanza el 50% en el *mercado de prestación de servicios informáticos para la gestión de estanco*, con más de 4500 clientes -, pese a su posición dominante en el mercado principal.
- La limitación del análisis de la conducta como una venta vinculada u obligatoria, cuando el espectro de la conducta analizada es más amplia porque LOGISTA conceptúa la venta del STRATOR no como un mero producto diferente, sino como un instrumento más para incrementar su posición de dominio en el mercado de distribución de labores del tabaco y para incrementar su posición en el mercado de los productos de conveniencia, como lo demuestra el hecho que una de las principales obligaciones de la expendedoría es la de la utilización regular del programa en todas las operaciones del estanco y la transmisión de los datos de venta de todos los productos, sean o no de Logista, sean o no labores del tabaco que la misma distribuye.
- Se omite el análisis de las ofertas de comercialización que realiza LOGISTA, con las que el STRATOR se puede llegar a obtener con carácter casi gratuito, soportando el coste gracias a la posición dominante que tiene en el mercado principal, el de las labores del tabaco, y que no es sostenible por los competidores en el mercado de software como resulta del Plan Amigo y del Plan Descuenta € Logistadis (empresa encargada de la distribución de los productos de conveniencia).
- Se omite valorar el hecho de que en la comercialización del STRATOR se obliga a las expendedorías a la compra del hardware (lo que no sucede con el resto de competidores), sin permitir meramente la compra de una licencia, lo que no encuentra más significación estratégica que retirar así físicamente los TPVS en que está instalado en su caso el programa competidor (en el caso de cambio de programa informático), y asegurar así el empleo único del STRATOR por la expendedoría, hecho escasamente compatible con la afirmación de LOGISTA de no exigir exclusividad, lo que está claro que no es cierto. A estos efectos recuerda que el contrato relativo al STRATOR obliga a la utilización regular del programa en todas las operaciones y que en noviembre de 2015, Logista excluyó la venta de los productos de conveniencia de los programas de gestión de software, de tal manera que, desde dicha fecha los productos de conveniencia ya no pueden ser adquiridos desde el programa de Bitronic, por ejemplo y deben adquirirse directamente a LogistaDis, claramente vinculado con el STRATOR .
- No se valora adecuadamente que LOGISTA obliga también a la expendedoría a la cesión de datos, sin que exista opción a no cederlos.

Por lo que se refiere al abuso de la posición de dominio, sostiene la recurrente que las conclusiones del Consejo de la CNMC son erróneas porque la información privilegiada que LOGISTA obtiene directamente del Comisionado para el Mercado de Tabacos acerca de los cambios de titularidad de las expendedorías le otorga una ventaja competitiva evidente porque :



a) Le permite debido a su condición de distribuidor de labores de tabaco conocer con carácter directo i) la existencia de un nuevo estanco por cambio de titularidad de una concesión ii) conocer los datos de contacto con dicho nuevo potencial cliente. Información que no es accesible al resto de competidores en el mercado conexo (pues el Comisionado informa de las transmisiones a los interesados en la transmisión - esto es a transmitente y adquirente- y a las empresas distribuidoras de labores de tabaco, entre las que LOGISTA representa el 90% de cuota de mercado).

b) El hecho de ser el principal distribuidor de tabacos, le permite no solo ese conocimiento del potencial nuevo cliente para software (conocimiento vetado al resto de competidores,) sino que además la sitúa en una posición inmejorable para poder comercializar su STRATOR sin competencia, pues los nuevos titulares son generalmente ajenos al mercado y por ello desconocedores a dicho momento de las distintas opciones del mercado, y muy dependientes del subministro de LOGISTA.

Añade que LOGISTA, en tanto que distribuidor mayoritario recibe información previa sobre las variaciones de precios de los productos de tabaco antes de su publicación oficial en el BOE y por ello, de su entrada en vigor, lo que le permite disponer de mayor tiempo para actualizar los precios en su programa STRATOR, permitiendo ofrecer un mejor servicio a sus clientes.

Por lo demás reitera que el STRATOR de LOGISTA goza de una compatibilidad con el Portal LOGISTA que queda vetada al resto de programas homologados y que impide al resto de empresas comercializadoras de software el acceso a datos técnicos que ella tiene que les permitan desarrollar en sus propios programas nuevas funcionalidades demandadas por los estancos y que si son posibles en STRATOR porque dispone de toda la información de compras.

Rechaza, además, que la entrada de STRATOR haya servido para dinamizar la competencia, por cuanto en escaso año y medio la misma logró una cuota del 25% (junio de 2017), siendo que en agosto de 2018 se situaban en una cuota del 50%, frente a la posición de negocio de la recurrente que ha disminuido en más de un 30% de su cuota tras más de 25 años dedicada a esta actividad y del resto de competidores, con grave riesgo de ser expulsados del mercado.

Y concluye que sí existen indicios de una conducta que puede ser constitutiva de un abuso de derecho, por abusar de la posición de dominio que LOGISTA tiene en el mercado de distribución de labores de tabaco y, por ello, en el mercado conexo de software. Resultando que a BITRONIC y al resto de proveedores de software les resulta imposible competir en igualdad de condiciones con STRATOR por cuanto LOGISTA.

Respecto de los productos de conveniencia se afirma que existen indicios relevantes y suficientes que imponían un estudio del mercado de productos de conveniencia, como mercado conexo, en el que LOGISTA podría estar efectuando conductas coadyuvantes al abuso de posición de dominio, denunciando que:

a- Ni la DI ni el Consejo han efectuado esfuerzo alguno para determinar si efectivamente existe o no esa posición de dominio en el mercado de los productos de conveniencia.

b- No se valora tampoco por la CNMC la vinculación de la venta de STRATOR y los productos de Logista Dis, en el programa de fidelidad de Logista Plus con la obtención de € Logistadis, canjeables por un STRATOR de alquiler. Y si los mismos podían ser descuentos de fidelidad, ajustados o no al derecho de la competencia.

c- No se valora tampoco la restricción de LOGISTA, al excluir dichos productos de la venta a través de los programas de gestión de software, restricción que suponía además un incumplimiento contractual, pues según resulta del contrato entre BITRONIC y LOGISTA, ésta obligaba a BITRONIC a proveer todos los productos a través del programa de gestión de software, obligación que luego impide al lanzar su propio producto.

d- No se valora tampoco que la anterior restricción implica que el estanco que no dispone de STRATOR no dispone en su programa de gestión de los datos de productos (precios, códigos de barras, referencias del producto) ni por ello la gestión a través del mismo, del stock de productos de conveniencia adquiridos de Logista, lo que sí permite con Strator.

e- Tampoco se valora por el Consejo, las conductas denunciadas por una expendedoría que obran en el folio 471, conforme la cual LOGISTA le cortó el servicio de recargas de transporte por no adquirir los productos de conveniencia a través de LOGISTADIS.

Denuncia , además, que no consta en el expediente ni la DC ha realizado prueba alguna que permita sostener la limitada penetración de este tipo de contratos. Afirma que la transparencia del mercado no evita que puedan existir conductas anticompetitivas y que tampoco valora el Consejo la obligatoria cesión de datos que se impone en la comercialización del STRATOR y que se trata de una venta vinculada no impuesta por la naturaleza del servicio, y que pretende por parte de LOGISTA el control de todas las compras, y ventas de cualquier producto sea o no LOGISTA que efectúan las expendedorías y con ello,, de los productos adquiridos, las fechas

de adquisición, el proveedor al que se adquiere, de las ventas, los stocks ... , con la imposición de la obligación de uso del programa para la realización de todas las operaciones, lo que supone, a juicio de la recurrente, una infracción del artículo 2 de la LDC, en cuanto prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

Precisa que, de conformidad con dicho precepto (de carácter no exhaustivo) la conducta de LOGISTA se incardina en:

b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores, al no permitir el desarrollo de las plataformas competidoras.

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros, pues se aprovecha de su posición de dominio en el mercado principal para la venta de su producto de software en el mercado conexo, aprovechándose de información que le permite la contratación previa.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos, aplicable a la conexión a la concesión de financiación en la compra de la saca con la compra de STRATOR, la ruptura del servicio de recargas si no se instala Strator, la obligatoria cesión de datos, etc.

Para terminar se denuncia que la CNMC resuelve que no existen indicios sin practicar ninguna de las pruebas propuestas en el escrito de denuncia inicial (folio 32) o en la ampliación de denuncia presentada en mayo de 2016 (folio 255), que hubieran permitido determinar si efectivamente existe una afectación al mercado, por determinar el impacto en el resto de competidores y por ello, la existencia o no de una competencia efectiva; la saturación del mercado y el escaso margen de crecimiento salvo por nuevas aperturas; así como las denuncias de prácticas agresivas e incluso ilícitas en la comercialización de STRATOR.

Por todo lo expuesto afirma que sí existen indicios suficientes en la información reservada que permite considerar una posible conducta contraria a la competencia desarrollada por LOGISTA que justifica la apertura de un expediente sin perjuicio de su resultado.

CUARTO. - El Abogado del Estado sostiene que no hay motivos para incoar expediente sancionador haciendo suyos los fundamentos de la resolución recurrida y sostiene que, la demanda de BITRONIC no ofrece ninguna información o dato relevante que contradiga la decisión de la CNMC sino tan sólo meras conjeturas y la acusación de que la CNMC no ha extendido la investigación a los límites que BITRONIC desearía.

La representación procesal de LOGISTA SAU se pone también a la demanda e interesa su desestimación. Aduce que la Dirección de Competencia de la CNMC llevó a cabo una investigación pormenorizada de los hechos denunciados y que en definitiva, recurrente no comparte la conclusión a la que llegó. Añade que en varias ocasiones, la recurrente introduce consideraciones fácticas posteriores a los hechos investigados, pretendiendo criticar de forma retrospectiva la investigación realizada y que solicita la nulidad de la sin acreditar que la CNMC haya cometido arbitrariedad en la valoración de la prueba o un error manifiesto.

Por lo demás, da por reproducidos los fundamentos de derecho y la valoración que de aquellos se realiza en la resolución impugnada y a las alegaciones del Abogado del Estado.

QUINTO. - Centrado el objeto de debate corresponde examinar si se ajusta a derecho la resolución de la CNMC recurrida en cuanto acuerdan la no incoación de expediente sancionador.

Para ello debemos recordar que la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, regula en su artículo 3 :

"Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público".

Para que una conducta se considere contraria al referido artículo 3 de la LDC deberán concurrir, por tanto, dos requisitos. En primer lugar, deberá tratarse de una conducta desleal conforme a los criterios establecidos en la Ley de Competencia Desleal. Y en segundo lugar, la conducta en cuestión deberá falsear la competencia y afectar al interés público de tal modo que, no toda conducta que sea desleal será reprehensible por la vía de esta disposición. Esta exigencia responde al hecho de que, a diferencia de la Ley de Competencia Desleal, la Ley de Defensa de la Competencia no tiene por objeto primordial la protección de los competidores sino la salvaguarda del interés público que puede verse afectado por conductas que inciden negativamente sobre el funcionamiento competitivo de los mercados.



Llegados a este punto, conviene recoger la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 20 de junio de 2006 en el asunto Planes Claros que interpreta el antiguo artículo 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia - que regulaba el falseamiento de la libre competencia por actos desleales en términos parecidos al actual artículo 3 de la Ley 15/2007, de 7 de julio - y señala los requisitos que deben concurrir para poder sancionar por la conducta ahora examinada.

Concretamente, el Tribunal Supremo afirma en dicha sentencia:

"Para que los actos de competencia desleal puedan ser sancionados como conductas prohibidas a título de la Ley 16/1989 ésta, tras la reforma hecha por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, exige que aquellos actos "distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado" y que "esa grave distorsión afecte al interés público". Tal es el contenido del artículo 7 de la Ley 16/1989 que, bajo la rúbrica de "falseamiento de la libre competencia por actos desleales", determina que conductas de las empresas hasta entonces consideradas meramente desleales puedan ser tachadas de anticompetitivas según la Ley 16/1989 y castigadas por vía administrativa.

Según ya hemos expuesto en sentencias anteriores como la de 8 de marzo de 2002 al resolver el recurso de casación número 8088/1997, con esta ampliación del ámbito objetivo de las conductas incluidas en la Ley 16/1989 por virtud de su artículo 7 comportamientos de deslealtad mercantil que, en principio, sólo afectan a las empresas cuya respuesta jurídica se deja a la iniciativa de éstas (mediante el ejercicio de las oportunas acciones civiles) y se traduce en el resarcimiento de los daños y perjuicios privados ocasionados, adquieren un nuevo carácter, ya público, que permite su represión independiente a cargo de la autoridad administrativa encargada de velar por la defensa de la competencia.

La ampliación de conductas perseguibles a título de la Ley 16/1989 se inspira en el hecho de que determinados comportamientos desleales de unos empresarios respecto de otros desbordan sus efectos perjudiciales meramente privados e inciden de lleno, y de modo desfavorable, en los intereses colectivos que la Administración Pública ha de tutelar. Designio que estaba presente desde el momento mismo de la aprobación de la Ley 16/1989, esto es, incluso con anterioridad a la publicación de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, cuyo articulado, ya decididamente, presupone que la protección de unos empresarios frente a las conductas desleales de otros trasciende el interés meramente privado de éstos y deriva también del "interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado" (Exposición de Motivos de la Ley 3/1991). Lo que antes era mero conflicto intersubjetivo entre empresarios adquiere, pues, tanto por virtud del artículo 7 de la Ley 6/1989 como, a fortiori, por la propia Ley 3/1991, una dimensión pública relevante.

Es importante subrayar, pues, que la eventual actuación de los organismos administrativos encargados de preservar la libre competencia sólo resultará pertinente si las conductas desleales de los empresarios, además de serlo, falsean de manera sensible la competencia, esto es, distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público. Previsión que se aplica a todo tipo de operadores económicos, gocen o no de una posición de dominio en el mercado. No cabe, pues, ni reducir en exceso el ámbito de aplicación del artículo 7 de la Ley 16/1989, englobando en él tan sólo conductas que precisarían la previa posición dominante de quien las comete, ni extenderlo con el mismo exceso considerando que, preexistente la posición de dominio, cualquier acto desleal de quien la ostenta constituye por sí mismo una explotación abusiva de aquélla sancionable a título del artículo 6 de la Ley 16/1989".

SEXTO.- Con carácter previo al análisis de la cuestión sometida a debate, esta Sección considera oportuno concretar el límite de las facultades de los órganos jurisdiccionales respecto de las decisiones administrativas que acuerdan que no hay motivos para la incoación de un expediente sancionador. Ello se ha resuelto ya por esta misma Sección en la sentencia dictada en fecha 17 de diciembre de 2013 (rec. nº 432/2012) a cuyo fundamento de derecho tercero nos remitimos. Concretamente decíamos:

" TERCERO: Tal y como apuntó la defensa del Estado, una cuestión liminar que debe tratarse en el presente caso es la relativa a delimitar cuales son las obligaciones de la autoridad de competencia cuando una persona física o jurídica le presenta una denuncia por práctica anticompetitiva, y más en concreto si existe por parte de dicha administración una obligación de investigación, el curso en que en cuanto al fondo debe darse a cada denuncia y la extensión del control jurisdiccional en estos casos.

La STPI de 18 de septiembre de 1992 asunto T-24/90 Automec, apartados 73 a 81, respondió a estas cuestiones con una doctrina que se ha mantenido inalterada con el paso del tiempo. Por su interés y aplicabilidad para el presente asunto, se reproducen los apartados 73 a 81 de dicha resolución, sin que los cambios normativos producidos desde entonces afecten en lo esencial a la "ratio" de la doctrina contenida en la resolución citada:

"73. Para definir las obligaciones de la Comisión en este contexto, debe recordarse, con carácter preliminar, que es responsable de la aplicación y de la orientación de la política comunitaria de la competencia (véase la



sentencia del Tribunal de Justicia, de 28 de febrero de 1991, *Delimitis*, C-234/89, Rec. pp. 935 y ss., especialmente p. 991). Esta es la causa de que el apartado 1 del artículo 89 del Tratado le asigne la misión de velar por la aplicación de los principios establecidos por los artículos 85 y 86 y de que las disposiciones adoptadas con base en el artículo 87 le confieran amplias facultades.

74. El alcance de las facultades de la Comisión en el ámbito del Derecho de la competencia debe examinarse a la luz del apartado 1 del artículo 89 del Tratado, que, en este ámbito, constituye la manifestación concreta de la misión general de vigilancia confiada a la Comisión por el artículo 155 del Tratado. Ahora bien, como ha señalado el Tribunal de Justicia en el marco del artículo 169 del Tratado (sentencia de 14 de febrero de 1989, *Star Fruit/Comisión*, 247/87, Rec. pp. 291 y ss., especialmente p. 301), dicha misión no implica que la Comisión esté obligada a iniciar procedimientos que tengan como objeto probar posibles violaciones del Derecho comunitario.

75. A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia señala que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencia de 18 de octubre de 1979, *GEMA*, antes citada, pp. 3173 y ss., especialmente p. 3189) se desprende que, entre los derechos conferidos a las partes denunciadas por los Reglamentos n° 17 y n° 99/63, no figura el de obtener una Decisión, en el sentido del artículo 189 del Tratado, en cuanto a si existe o no la supuesta infracción. De ello se deduce que la Comisión no puede estar obligada a pronunciarse al respecto, salvo cuando el objeto de la denuncia entra dentro de sus competencias exclusivas, como ocurre con la revocación de una exención concedida con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado.

76. Como la Comisión no tiene la obligación de pronunciarse sobre si existe o no una infracción, no puede ser obligada a llevar a cabo una investigación, ya que ésta no podría tener más objeto que averiguar los elementos de prueba relativos a si existe o no una infracción que ella no está obligada a declarar. A este respecto, procede recordar que, a diferencia de lo que prevé la segunda frase del apartado 1 del artículo 89 del Tratado, en los casos de las solicitudes presentadas por los Estados miembros, los Reglamentos n° 17 y n° 99/63 no obligan expresamente a la Comisión a iniciar investigaciones sobre las denuncias que le sean presentadas.

77. A este respecto, debe señalarse que constituye un elemento inherente al ejercicio de la actividad administrativa la competencia, del titular de una misión de servicio público, de adoptar todas las medidas de organización necesarias para el cumplimiento de la misión que le haya sido confiada, incluida la definición de prioridades, en el marco establecido por la ley, cuando tales prioridades no han sido definidas por el legislador. Así debe ser, especialmente, cuando a una autoridad le ha sido confiada una misión de vigilancia y de control tan amplia y general como la atribuida a la Comisión en el ámbito de la competencia. Por tanto, el hecho de que la Comisión conceda diferentes grados de prioridad a los expedientes que le son sometidos en el ámbito de las normas sobre la competencia, es conforme a las obligaciones que le impone el Derecho comunitario.

78. Este punto de vista no es contrario a las sentencias del Tribunal de Justicia, de 11 de octubre de 1983 (210/81), antes citada; de 28 de marzo de 1985, *CICCE* (298/93, Rec. p. 1105), y de 17 de noviembre de 1987, *BAT y Reynolds/Comisión* (asuntos acumulados 142/84 y 156/84, Rec. p. 4487). Efectivamente, en la sentencia *Demo-Studio Schmidt*, el Tribunal de Justicia consideró que la Comisión «tenía que examinar los hechos expuestos» por la parte denunciante, sin prejuzgar, no obstante, la cuestión de si la Comisión podía abstenerse de llevar a cabo una investigación sobre la denuncia, ya que, en aquel asunto, la Comisión había examinado los hechos expuestos en la denuncia y la había desestimado por no haber elementos que permitiesen llegar a la conclusión de que existía una infracción. Dicha cuestión tampoco se planteó en los asuntos posteriores *CICCE* (298/83, antes citado) y *BAT y Reynolds* (asuntos acumulados 142/84 y 156/84, antes citados).

79. No obstante, si bien la Comisión no puede ser obligada a llevar a cabo una investigación, las garantías procesales previstas en el artículo 3 del Reglamento n° 17 y en el artículo 6 del Reglamento n° 99/63 la obligan a examinar atentamente los elementos de hecho y de derecho puestos en su conocimiento por la parte denunciante, con el fin de determinar si dichos elementos revelan una conducta que pueda falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y afectar al comercio entre Estados miembros (véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de octubre de 1983, *Demo-Studio Schmidt*, de 28 de marzo de 1985, *CICCE*, y de 17 de noviembre de 1987, *BAT y Reynolds*, antes citadas).

80. Cuando, como ocurre en el presente asunto, la Comisión ha adoptado una decisión de archivar la denuncia, sin llevar a cabo investigación alguna, el control de legalidad que debe efectuar este Tribunal tiene la finalidad de comprobar que la decisión controvertida no está basada en hechos materialmente inexactos, no está viciada de ningún error de derecho, ni tampoco de ningún error manifiesto de apreciación ni de desviación de poder.

81. Corresponde al Tribunal de Primera Instancia, a la luz de estos principios, comprobar en primer lugar si la Comisión realizó el examen de la denuncia al que estaba obligada, evaluando, con toda la atención necesaria, los elementos de hecho y de derecho expuestos por la demandante en su denuncia y, en segundo lugar, si la Comisión motivó correctamente su decisión de archivar la denuncia, invocando su facultad de «conceder diferentes grados



de prioridad en la iniciación de actuaciones sobre los asuntos que le son sometidos», por un lado, y refiriéndose al interés comunitario del asunto como criterio de prioridad, por otro".

La anterior doctrina plantea y resuelve un supuesto que va, incluso, más allá de la realidad que subyace en el presente caso, pues subraya por una parte que no existe un derecho subjetivo del denunciante a obtener una declaración sobre la existencia o no de la infracción, lo que implica que no existe un deber jurídicamente exigible que imponga a la CNMC la obligación de iniciar una investigación y, por otra, que la autoridad de competencia, para el correcto ejercicio de las potestades que le han sido confiadas, puede, incluso, establecer grados de prioridad en las investigaciones.

En ambos casos, las referidas decisiones, tomadas necesariamente sobre la base de un examen pormenorizado de los hechos y alegaciones formulados por la denunciante, están sujetas a un ulterior control jurisdiccional, que excluye la valoración de la oportunidad en la toma de la decisión, pues se limita a verificar que la decisión controvertida no está basada en hechos materialmente inexactos, no está viciada de ningún error de derecho, ni tampoco de ningún error manifiesto de apreciación, ni de desviación de poder.

SÉPTIMO.- En el caso examinado, la resolución impugnada fundamentó su pronunciamiento en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

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

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

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

TERCERO.- Valoración de la Sala de Competencia



1. Abuso de posición de dominio.

El artículo 2 de la LDC establece que:

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

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

a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.

c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

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

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

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

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

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

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



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

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

2. Competencia desleal

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

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

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

Adicionalmente sería necesario examinar si las conductas de LOGISTA denunciadas por BITRONIC tienen aptitud, por sí mismas, para distorsionar de forma significativa la dinámica competitiva del mercado afectado, y ser susceptibles de afectar al interés público de la libre competencia y, por lo tanto, perseguibles por la CNMC aplicando el artículo 3 de la LDC. Tras el análisis de los hechos, la DC ha considerado que, si bien los hechos denunciados han podido tener cierto impacto sobre BITRONIC, éste ha sido limitado, por lo que la competencia en el mercado de los programas informáticos para la gestión de estancos no puede considerarse deteriorada de forma significativa, sino que la entrada de LOGISTA en el mercado ha podido servir para dinamizar la misma, especialmente teniendo en cuenta que un 35,8% de las expendedorías no tienen instalado ningún programa de gestión, por lo que sigue existiendo margen para el crecimiento de diversos operadores en este mercado.

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

OCTAVO- Pues bien, a la vista de los hechos denunciados y de las alegaciones de la aquí recurrente y de las pruebas que por ella fueron propuestas con su escrito interesando la incoación del expediente sancionador, entendemos, que la decisión de archivo de la denuncia por parte de la CNMC no viene, en el caso analizado, precedida de una suficiente y completa actividad de investigación preliminar POR parte de la Dirección de Competencia, puesto que se limitó a requerir informe a la mercantil denunciada.

Debemos resaltar que la recurrente cuestiona el razonamiento de la resolución de la CNMC que, en su legítimo derecho de defensa, no comparte.

En estas circunstancias, está claro que no corresponde a los órganos jurisdiccionales ni ordenar la incoación de expediente sancionador ni tampoco, en este momento, puede concluir que las conductas denunciadas sean actos de competencia desleal que afectan al interés público. Pero en el ejercicio de las facultades revisoras de la actuación administrativa sí que le corresponde analizar la resolución impugnada y concluir, en este caso, que la decisión administrativa no ha venido precedida de una completa investigación preliminar porque no se ha realizado una exhaustiva averiguación ni constatación de la realidad de los hechos denunciados que, en un principio, no sería desdeñable pensar que quizás, al menos, indiciariamente pudieran incluirse como hechos distorsionadores del mecanismo competitivo con perjuicio para el interés público.

Y por ello esta Sección concluye que la CNMC no ha justificado adecuadamente las razones de su decisión de no incoar expediente sancionador y por ese exclusivo motivo anulamos la resolución impugnada para que, retrotrayendo las actuaciones administrativas, se completen las actuaciones de investigación respecto de los



hechos denunciados para que, posteriormente, en el ejercicio de sus facultades acuerde la incoación o no de expediente sancionador de forma motivada.

En definitiva, se aprecia un uso desviado por parte de la CNMC de sus competencias que le han llevado a la decisión de no incoar un expediente sancionador, por lo que, por las razones antes expuestas, procede estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto.

NOVENO. - Toda vez que el recurso se ha estimado parcialmente, ello implica que no se efectúa un pronunciamiento especial respecto de las costas procesales causadas en esta instancia tal como dispone el artículo 139.1 de la LJCA en la redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre.

FALLAMOS

Que debemos ESTIMAR y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo promovido por la Procuradora de los Tribunales D^a M^a Jesús González Díez, en nombre y en representación de **LK BITRONIC, SL.**, contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 15 de junio de 2017, notificada el 27/06/2017, que acuerda no incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas en el expediente S/DC/0576/16 LOGISTA y, en consecuencia, se deja sin efecto al ser contraria a derecho ordenando retrotraer las actuaciones administrativas para que se realicen actuaciones investigadoras previas a la decisión de adoptar o no el acuerdo de incoación de expediente sancionador.

No se efectúa ningún pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en esta instancia.

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.