

RESOLUCIÓN (Expte. r 102/94, Monopolio de Tabacos I)

Pleno

Excmos. Sres.:
Fernández Ordóñez, Presidente
Alonso Soto, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Alcaide Guindo, Vocal
Menéndez Rexach, Vocal
Petitbò Juan, Vocal

En Madrid, a 24 de abril de 1995.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente Dña. Cristina Alcaide Guindo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 102/94 (1143/94 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por DISTANCO S.A. (DISTANCO) contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 31 de octubre de 1994 por el que se archivaban las actuaciones derivadas de la denuncia presentada por la recurrente contra la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos por trato discriminatorio al negarle el ejercicio de las actividades de importación y distribución al por mayor de labores de tabaco procedentes del Mercado Común.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 3 de marzo de 1993 DISTANCO solicitó autorización de la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos con el fin de ejercer las actividades de importación y distribución al por mayor de labores de tabaco procedentes del Mercado Común, al amparo de lo establecido por la Ley 38/1985, de 22 de noviembre, de Modificación del Monopolio de Tabacos.
2. El 22 de diciembre de 1993 la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos comunicó a DISTANCO el Acuerdo por el que se deniega la solicitud de autorización presentada. Dicho Acuerdo fue recurrido por DISTANCO ante el Ministerio de Economía y Hacienda que desestimó el recurso abriendo la vía contencioso-administrativa.
3. El 31 de agosto de 1994, D. Angel Liberto Temprano Fernández, en representación de DISTANCO, presentó denuncia ante la Dirección General de Defensa de la Competencia contra la Delegación del

Gobierno en el Monopolio de Tabacos, por considerar que es juez y parte en la situación del Monopolio de Tabacos porque busca favorecer el mantenimiento a favor de Tabacalera de un monopolio *de facto* y que en la denegación ha existido trato discriminatorio.

4. El 31 de octubre de 1994, el Director General de Defensa de la Competencia dictó Acuerdo de archivo de las actuaciones que tuvieron origen en la denuncia por considerar que la denegación de la autorización es un acto administrativo dictado por la autoridad competente, la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9 de la Ley 38/1985, por lo que tal conducta escapa a la competencia de la Dirección General de Defensa de la Competencia y no corresponde enjuiciar con arreglo a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) la posible situación de discriminación en la que se basa la denuncia.
5. El Acuerdo fue recurrido ante el Tribunal de Defensa de la Competencia en nombre de DISTANCO mediante escrito que tuvo entrada en el Tribunal el 18 de noviembre de 1994. Con la misma fecha se solicitó al Servicio de Defensa de la Competencia (el Servicio) el expediente y el informe previsto en el artículo 48.1 de la LDC. Se recibió el preceptivo informe del Servicio, que mantiene los motivos que condujeron al archivo aunque pone de manifiesto que en el escrito de recurso se hace hincapié en la posibilidad que el artículo 2.2 de la LDC da al Tribunal para que proponga motivadamente al Gobierno, a través del Ministro de Economía y Hacienda, la modificación o supresión de las situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales.

Informa asimismo que, de la información obrante en la Dirección General, se desprende que por parte de la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos no se ha concedido ninguna autorización de distribución mayorista y tan sólo una autorización para importar labores de tabaco de la CEE, por lo que a todos los efectos sigue existiendo el monopolio de distribución.

Mediante Providencia de 28 de noviembre de 1994 se puso de manifiesto el expediente a los interesados para que formularan alegaciones y presentaran los documentos y justificaciones que estimaran pertinentes.

Tanto la representación de DISTANCO como la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos han presentado sus alegaciones en tiempo y forma.

6. Mediante Auto de 28 de diciembre de 1994 el Tribunal, para hacer posible la resolución del recurso, acordó la práctica de prueba de oficio consistente en recabar de la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos certificación acreditativa de los importes y cuotas de participación de Tabacalera en la importación y comercialización al por mayor de labores de tabaco de los países CEE en los años 1991 a 1994 y detalle de las solicitudes de autorización para las actividades de importación y comercialización al por mayor recibidas, concedidas y denegadas desde 1991 así como los motivos de las denegaciones.
7. La Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos cumplimentó la solicitud remitida, cuya contestación se recibió en el Tribunal el 30 de enero de 1995. Se puso de manifiesto al recurrente el resultado de la diligencia de prueba para que hiciera alegaciones en diez días. El 20 de febrero de 1995 se recibieron las alegaciones del recurrente.
8. Ha sido Ponente la Sra. Alcaide Guindo, si bien el Presidente del Tribunal, de conformidad con las facultades que le otorga el art. 40.e) del Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia, encargó la redacción al Vocal Sr. Menéndez Rexach.
9. Son interesados: DISTANCO S.A. representada por D. Angel Liberto Temprano Fernández y la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El sector tabaquero ha sufrido recientes modificaciones en su regulación pues, como consecuencia de la adhesión de España a las Comunidades Europeas, los monopolios nacionales de carácter comercial definidos en el ap. 1 art. 37 TCEE, con observancia, en su caso, de lo dispuesto en el art. 90.2 del propio Tratado, han de ser adecuados antes del 31 de diciembre de 1991 para evitar discriminaciones entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado (art. 48.1 del Acta de Adhesión).

La norma básica es la Ley 38/1985 de 22 de noviembre que modifica la regulación del monopolio de tabacos en el sentido de que, mantiene el régimen monopolístico en la fabricación y comercio al por menor, salvo en Canarias, y en la importación y comercio al por mayor, pero, en este último caso, ..."cuando se trate de labores de tabaco procedentes de los Estados miembros de la CEE, que sean originarias de éste o que en éste

hayan sido puestas en régimen de libre práctica, su importación y comercio al por mayor se podrá realizar por cualquier persona física o jurídica en las condiciones que reglamentariamente se establezcan" (art. 1). La administración y gestión del Monopolio de fabricación, importación y comercio, en cuanto éstos se mantengan monopolizados, se atribuye a "Tabacalera S.A." que asumirá el resultado de su explotación empresarial y cuyo capital pertenecerá "siempre" mayoritariamente al Estado (art. 4).

La remisión reglamentaria que hace la ley se refiere a los requisitos necesarios para el ejercicio de la actividad, al marco reglamentario de ésta y al del régimen sancionador, aunque somete a un régimen de autorización a dicha actividad, prohíbe a los mayoristas ser titulares de Expendedurías y les obliga a suministrar sólo a los expendedores cualquiera que sea la ubicación geográfica de éstos, siempre que el pedido alcance el mínimo que se establezca.

La tutela y control de la gestión del monopolio se atribuyen a la Delegación del Gobierno en Tabacalera S.A., que cambia su nombre por el de Delegación de Gobierno en el Monopolio de Tabacos y se configura por la Ley (art. 9) como un centro Directivo del Ministerio de Economía y Hacienda; en lo que aquí interesa, la Delegación tiene facultades para suspender la autorización antes aludida por un plazo de un año y para imponer sanciones de hasta dos millones de pesetas por infracción de las disposiciones reglamentarias.

2. El Real Decreto 2738/1986, de 12 de diciembre, que regula las actividades de importación y comercio mayorista y minorista de labores, desarrolla reglamentariamente la ley en este particular extremo y somete a la previa autorización del Ministerio de Economía y Hacienda la realización de las actividades no monopolizadas por personas físicas o jurídicas respecto de labores de tabaco procedentes de los Estados miembros de la CEE, que sean originarias de éstos o que en ellos hayan sido puestas en régimen de libre práctica. Aunque técnicamente el Real Decreto no es un modelo de claridad, pues no dice expresamente, dentro del Título I que se refiere a la liberalización parcial, que es la Delegación del Gobierno la competente para conceder las autorizaciones, sí dice que puede suspenderlas y le atribuye competencia sancionadora, por lo que la referencia genérica al Ministerio de Economía y Hacienda ha de entenderse hecha a ese Centro Directivo.
3. Esta configuración de la Delegación del Gobierno como Centro Directivo del Ministerio de Economía y Hacienda, que ejerce las competencias generales de éste salvo las que expresamente se atribuyen a otro órgano (por ejemplo, a la Dirección General del Patrimonio en relación con el

ejercicio de los derechos del Estado como partícipe en el capital de Tabacalera S.A., art. 9 de la Ley de 1985) ha venido a ser recientemente confirmada por la actividad reglamentaria realizada en cumplimiento del mandato de adecuación a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Disp. Ad. 3ª) de las normas reguladores de los diferentes procedimientos administrativos. En lo que aquí interesa, hay que mencionar las siguientes normas:

- Real Decreto 1394/1993, de 4 de agosto, sobre procedimiento sancionador en el Monopolio de Tabacos, que atribuye la iniciación y resolución de los expedientes sancionadores a la Delegación del Gobierno (art. 2, 4 y 6.5).

- Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto, de Adecuación a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, cuyo art. 1 dispone que "a los efectos de este Real Decreto se entiende por autorizaciones todos aquellos actos administrativos, cualquiera que sea su denominación específica, por los que, en uso de una potestad legalmente atribuida a la Administración, se permite a los particulares el ejercicio de una actividad, previa comprobación de su adecuación al ordenamiento jurídico y valoración del interés público afectado". Es de interés destacar que en el Anexo de este Real Decreto se relacionan los procedimientos en los que la falta de resolución expresa puede considerarse desestimatoria de la solicitud y, entre ellos, las autorizaciones previstas en las normas reguladoras del Monopolio de Tabacos y de distribución del Timbre del Estado", excepto los del art. 3 de la Ley de 1985 y 13.1.a) del Real Decreto 2738/1986, de 12 de diciembre (Anexo E.4).

- Real Decreto 1768/1994, de 5 de agosto, que aprueba el Reglamento regulador de los procedimientos en materia de otorgamiento de concesiones, autorizaciones y permisos en el ámbito del Monopolio de Tabacos y de Distribución del Timbre del Estado; el art. 1.1, que se refiere al objeto y ámbito de aplicación, contempla los procedimientos referidos al "ámbito institucional del Monopolio de Tabacos y de distribución del Timbre del Estado correspondiente a las competencias de la Delegación del Gobierno en el mismo y a las que, igualmente, en el ámbito de sus competencias, se otorguen por este organismo en relación con actividades no monopolizadas".

Así pues, la ausencia de una expresa y clara atribución de competencias

en la Ley de 1985 a la Delegación del Gobierno para conceder las autorizaciones en las actividades mínimamente liberalizadas, queda claramente determinada por el desarrollo reglamentario posterior.

4. A este respecto, y en relación con el fundamento del archivo del acuerdo recurrido, es preciso hacer dos tipos de consideraciones; la primera se refiere a una constante doctrina del Tribunal expresada en las Resoluciones de 28 de julio de 1994 (Expte. 339/93, COAM), de 4 de marzo de 1994 (Expte. r71/94, Farmacias de Canarias) y de 17 de enero de 1995 (Expte. R 99/94, Ayuntamiento de Sabadell), que afirma su falta de competencias para revisar la actividad administrativa y que se puede resumir así:

1. El TDC no es competente para proceder a la revisión de los actos administrativos. Estos deben ser recurridos en vía administrativa e impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ahora bien, con respecto a esta doctrina, dado que el TDC está obligado a aplicar la LDC a todas aquellas situaciones de restricción de competencia que hayan sido creadas por operadores económicos privados o públicos cuando actúan con sujeción al Derecho Privado, debe proceder, con consecuencia, a analizar el carácter con el que estos últimos operadores intervienen para determinar si les resulta o no aplicable dicha legislación-

2. El TDC no puede perseguir el incumplimiento de la prohibición del art. 1 de la LDC a los acuerdos, decisiones o prácticas que resulten de la aplicación de una Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley.

Cuando el TDC se encuentra frente a un caso de aparente cobertura normativa, debe proceder a analizar si la norma invocada goza o no del correspondiente amparo legal y obrar en consecuencia.

Aplicada esta doctrina al caso concreto, significa que, aunque la consecuencia del ejercicio de una potestad administrativa por la Delegación del Gobierno denegando una autorización sea restrictiva de la competencia, no puede el Tribunal analizar dicho ejercicio que habrá de ser impugnado en la vía administrativa o contencioso-administrativa, aunque sí puede el Tribunal utilizar la facultad reconocida en el art. 2.2 de

la Ley de Defensa de la Competencia.

5. La segunda consideración consiste, más bien, en un juicio de valor sobre si, para este Tribunal resulta correcto confiar el proceso de liberalización del sector tabaquero mínimamente iniciado a un órgano que, difícilmente, puede ser contemplado como neutral dadas sus relaciones con la Sociedad de titularidad estatal que administra y gestiona el Monopolio y que, en la parte no monopolizada, puede ser considerado como competidor de los posibles operadores. La respuesta ha sido dada por el Tribunal en diferentes ocasiones por la vía de informe al Gobierno, en el más reciente de los cuales ("Remedios políticos que sirven para favorecer la competencia y atajar el daño causado por los monopolios", Madrid 1993) ya se ponía de manifiesto la necesidad de separar al regulador, órgano administrativo encargado de llevar a término el proceso de liberalización de un sector, de los regulados, por el riesgo no sólo de que pueda existir una confusión de intereses sino de que parezca que así es y se quiebre la confianza en la sinceridad del propósito liberalizador; esto, sin embargo, es más materia de un posible informe del Tribunal que de una Resolución como la presente en la que este tipo de consideraciones carecen de eficacia derogatoria de las correspondientes normas. Así parece entenderlo también el Servicio de Defensa de la Competencia y el recurrente, éste cuando, subsidiariamente, pide al Tribunal que utilice la facultad que le reconoce la Ley de Defensa de la Competencia de proponer al Gobierno la supresión de una restricción de competencia derivada de las normas, por todo lo cual procede confirmar el archivo.

VISTOS: los artículos mencionados

El Tribunal

RESUELVE

Desestimar el recurso interpuesto por DISTANCO S.A. contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 31 de octubre de 1994, por el que se archivaban las actuaciones contenidas en el expediente 1143/94 del Servicio de Defensa de la Competencia, Acuerdo que se confirma íntegramente.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra el mismo no cabe

recurso administrativo, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de notificación.

OPINION CONCURRENTE QUE FORMULA LA VOCAL DÑA. CRISTINA ALCAIDE GUINDO

Discrepo respetuosamente del parecer del Servicio de Defensa de la Competencia compartido por la mayoría del Pleno en cuanto a que la Ley 38/1985 o el Real Decreto 2738/1986 otorguen a la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos la competencia de la concesión y denegación de autorizaciones para las actividades desmonopolizadas.

Como tantas veces se recuerda, el artículo 3.1 del Código Civil establece cómo deben interpretarse generalmente las normas en nuestro ordenamiento y señala:

"Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas".

La Exposición de Motivos de la Ley 38/1985 afirma la necesidad de llevar a cabo una modificación institucional del Monopolio necesaria para una explotación mercantil que separe correctamente las esferas de responsabilidad administrativa y gestión empresarial. La Ley otorga directamente determinadas competencias a la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos, otras al Ministro de Economía y Hacienda, otras al Gobierno, y otras a Tabacalera. Asimismo, la Ley establece ciertas disposiciones que dejan al desarrollo reglamentario la distribución de competencias y las modalidades de su ejercicio, y otras en las que la competencia se atribuye genéricamente al Ministerio de Economía y Hacienda. Por Disposición Transitoria se mantiene hasta el final del período transitorio de incorporación a la Comunidad Económica Europea el monopolio de importación y comercio al por mayor, salvo las modificaciones que se establezcan en el Acuerdo de incorporación de España. Como consecuencia de esta disposición, la liberalización se produjo finalmente a 31 de diciembre de 1991. El desarrollo reglamentario contenido en el Real Decreto 2378/1986 nada resuelve en cuanto al reparto de competencias.

Está claro que las competencias del Ministerio de Economía y Hacienda en la tutela y control del Monopolio se otorgan directamente a la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos por el artículo 9.1 de la Ley. Ello no

quiere decir, sin embargo, que se le hayan otorgado *de iure* las competencias en la autorización de actividades no monopolizadas.

La mayoría del Pleno considera que, por un simple criterio de eficiencia, si existe un Centro Directivo del Ministerio de Economía y Hacienda dedicado a las funciones de tutela y control de las actividades monopolizadas en el sector tabaquero, dicho Centro Directivo debe hacerse cargo también de las competencias de autorización, control e inspección de las actividades no monopolizadas, lo cual viene corroborado, dice, por el contenido de los RR.DD. 1394/1993, 1778/1994 y 1768/1994.

Yo disiento de dicha interpretación. Cuando se inicia un proceso desmonopolizador, es imprescindible modificar la regulación aplicable al sector que se liberaliza y crear la organización institucional que haga posible el logro de los objetivos de liberalización.

Caben diferentes modelos de regulación y diferentes niveles de independencia entre el órgano regulador y el Ejecutivo. Puede crearse un órgano independiente del departamento ministerial competente por razones sectoriales o un órgano incardinado en dicho departamento ministerial. No cabe, en mi opinión, la permanencia de una Delegación del Gobierno físicamente integrada en la sede social de la empresa detentadora de derechos exclusivos sobre el sector que continúa monopolizado que a la vez se haga cargo de la actividad administrativa necesaria para permitir a los nuevos operadores privados que participen en la actividad recientemente liberalizada. Porque dicho modelo produce, necesariamente, consecuencias perversas, aunque sólo sea por la información comercial que los operadores deben aportar al órgano de tutela que no debe ser conocida por el monopolista.

La institución de las "Delegaciones del Gobierno" está directamente ligada a la existencia de derechos exclusivos. Por ello, la desaparición de un monopolio -aunque solamente sea en un segmento de actividad- debe llevar aparejada una modificación institucional que probablemente significará una complicación de su estructura, pero que resulta ineludible si se quiere que el regulador sea neutral en cuanto a las oportunidades de negocio de los diversos operadores.

Si se analiza cuidadosamente la redacción de la parte dispositiva de la Ley 38/1985 y se pone en relación con el contenido de su Exposición de Motivos, la conclusión a la que se llega, en mi opinión, es que la Ley establece un marco separado entre la regulación del Monopolio y la de la actividad desmonopolizada, con las dificultades que se derivan de que, en el momento de promulgarse aquélla, no se conocía ni siquiera el momento a partir del cual iban a entrar en vigor sus disposiciones liberalizadoras.

La situación cambia radicalmente cuando se aprueba el Real Decreto 2738/1986, pues tiene lugar cuando ya se conoce el contenido del Acta de Adhesión y, por tanto, ya es posible hacer mención en su Disposición Transitoria cuarta al contenido del artículo 48.3 y Anexo V del Acta. A pesar de ello, el Real Decreto no resuelve ninguna de las inconcreciones contenidas en la Ley en cuanto a la atribución de competencias. La única diferencia entre el contenido de la Ley y el Real Decreto en lo que aquí interesa, es que el artículo 7.1 de la Ley establece que las actividades de importación y de comercio al por mayor serán llevadas a cabo por Tabacalera o por otras personas físicas o jurídicas previamente autorizadas al efecto de acuerdo con las normas que reglamentariamente se dicten mientras que el artículo 2 del Real Decreto establece que el Ministerio de Economía y Hacienda, previa instrucción de expediente autorizará a las personas físicas y jurídicas interesadas que cumplan los requisitos establecidos en el propio Real Decreto la realización de las actividades no monopolizadas.

El contenido del Real Decreto fue objeto de una prolongada discusión con los servicios de la DG IV de la Comisión de las Comunidades, que es el órgano encargado de introducir competencia en los mercados comunitarios y que, por tanto, se ocupa de la supervisión del desmantelamiento de los monopolios comerciales. Los intercambios bilaterales de opiniones respecto a las condiciones que debía cumplir el proceso de desmantelamiento parcial del monopolio tabaquero español terminaron mediante carta del Vicepresidente de la Comisión al Ministro español de Asuntos Exteriores de 25 de julio de 1989, es decir antes de que terminara el período transitorio de adaptación del sistema español de importación y distribución de tabaco comunitario a las exigencias comunitarias y, por tanto, de que fuera exigible al Estado español la libertad de importación y distribución de labores de tabaco comunitarias. No puede suponerse que los servicios de la Comisión hayan aceptado conscientemente que un órgano administrativo tan cercano al antiguo detentador de los derechos exclusivos sea el competente para autorizar y denegar las actividades de los nuevos operadores potenciales si lo que pretende es que entren nuevos operadores en las actividades desmonopolizadas.

Como consecuencia de la promulgación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se impone la adecuación por vía reglamentaria de las normas reguladoras de los distintos procedimientos administrativos.

En cumplimiento de dicho mandato legal se aprueban los tres Reales Decretos que, en el parecer de la mayoría, demuestran la competencia de la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos para la autorización y

denegación de las autorizaciones relativas al ejercicio de las actividades desmonopolizadas en el sector del tabaco.

Nada más ajeno, en mi opinión, a la realidad.

En el Real Decreto 1394/1993 no se hace una sola mención a la potestad sancionadora de la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos para actividades no monopolizadas, a pesar de la competencia que el artículo 7.3 de la Ley le concede para suspender hasta por un año la autorización para ejercer actividades de importación y de comercio al por mayor de tabaco. No reconoce la más mínima competencia en materia de actividad desmonopolizada.

El Real Decreto 1778/1994 es un Reglamento general de adecuación a la Ley 30/1992 de las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones. El Anexo citado en la Resolución que critico enumera aquellos procedimientos en que la falta de resolución expresa puede considerarse desestimatoria. Entre ellas se encuentran las autorizaciones previstas en las normas reguladoras del Monopolio de Tabacos y de distribución de Timbre del Estado, a excepción de las establecidas en el artículo 3 de la Ley 38/1985 (precios de venta al público de tabaco establecidos por el Gobierno) y artículo 13. 1a) del Real Decreto 2738/1986 (clasificación de expendedurías como generales de carácter permanente y autorización para la venta de artículos de fumador, papelería u otros). Mi conclusión es que tampoco tiene ninguna relación con el otorgamiento de potestad a la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos para actividades no monopolizadas.

Por último, el Real Decreto 1768/1994 es la norma que regula los procedimientos en materia de concesiones, autorizaciones y permisos en el ámbito del Monopolio de Tabacos y de distribución del Timbre del Estado. Sería éste el único Real Decreto que podría dejar claro que hay un único tratamiento sectorial y un único regulador para las actividades monopolizadas y liberalizadas.

Su Exposición de Motivos indica que el Reglamento establece un procedimiento que responde a una doble finalidad: armonizar y unificar los procedimientos existentes en materia de relaciones de la Administración del Monopolio de Tabacos y Timbre con las personas con ella vinculadas por virtud de situaciones "*concesionales*" o "*cuasiconcesionales*" y garantizar la satisfacción de los derechos e intereses de los concesionarios y autorizados o de los que pretenden acceder a dicha situación.

En el Reglamento citado solamente existe una mención que pudiera tener

relación con la atribución de competencias que nos ocupa. En su artículo 1 se establece que el presente Reglamento se aplicará a los procedimientos en materia de concesiones, autorizaciones y permisos en el ámbito del Monopolio correspondiente a las competencias de la Delegación del Gobierno y a las que *"igualmente, en el ámbito de sus competencias, se otorguen por este organismo en relación con actividades no monopolizadas"*.

En las normas sustantivas de procedimiento no existe una sola mención a la concesión y denegación de autorizaciones de actividades no monopolizadas. Se refieren solamente a la provisión de expendedurías, al otorgamiento de autorizaciones de venta con recargo, al procedimiento de canje de efectos timbrados y al procedimiento para solicitar la identificación exclusiva del tabaco destinado a puntos de venta con recargo. Es decir, a todos los permisos de la actividad monopolizada en el sector de los tabacos y timbres.

En conclusión, creo que el Reglamento no otorga ninguna competencia ni interpreta las concedidas por las normas que componen la pirámide normativa. Simplemente establece reglas especiales de procedimiento para las diferentes incidencias de las actividades monopolizadas.

De modo que, en mi opinión, *de lege data*, ni la Ley ni el Real Decreto 2378/1986, que son las normas adecuadas para otorgar competencias, atribuyen a la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos la potestad en materia de autorización y denegación de las actividades liberalizadas como consecuencia del acceso de España a la Comunidad Europea, y los reglamentos de adaptación de los procedimientos a los preceptos de la Ley 30/1992 no modifican en absoluto la situación. Además, *de lege ferenda*, dicha atribución de competencias sería un sinsentido.

Para la existencia de acto administrativo es imprescindible la atribución por norma previa de la potestad para dictarlo y todas las potestades están tasadas. La Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos no está legitimada *ratione materiae* para pronunciarse sobre aspectos de la actividad desmonopolizada, que cae fuera de su objeto por la propia denominación del órgano. La Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos solamente tiene competencias atribuidas -fuera de la tutela de las actividades monopolizadas- en algunos aspectos sancionadores y de iniciación y resolución de expediente para suspensión temporal de la autorización.

La habilitación que se defiende por el Servicio y por la mayoría del Pleno se basa en una determinada interpretación de las normas por parte de los órganos del Ministerio de Economía y Hacienda. En mi opinión éste no es pabellón suficiente para otorgar la potestad indispensable a la Delegación del

Gobierno en el Monopolio de Tabacos para que dicte actos administrativos.

Por una aplicación analógica de la "teoría de la congelación" expuesta por el Profesor García de Enterría en su obra "Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial", estimo que un órgano de resolución de recursos y consultivo como es el Tribunal de Defensa de la Competencia no debe sentirse vinculado por una interpretación de la Ley y el Real Decreto que no está amparada por sus palabras y contradice su espíritu. En mi opinión, por tanto, dicha interpretación debiera haber sido ignorada por el Tribunal y sería preciso concluir que el acto administrativo ha sido dictado por una autoridad manifiestamente incompetente.

El sector de tabacos ha sido desmonopolizado parcialmente *de lege* por imposición comunitaria. El artículo 48 del Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas establece que el Reino de España adecuará progresivamente desde 1-1-1986 los monopolios nacionales de carácter comercial. En lo que se refiere a los productos incluidos en la lista del Anexo V, entre los que se encuentran las labores de tabaco: cigarrillos, cigarros puros y puritos, tabaco para fumar, mascar y rapé y tabaco aglomerado en forma de hojas, los derechos exclusivos de importación se suprimirán a más tardar el 31 de diciembre de 1991. Los productos importados de la CEE no podrán ser sometidos en España a derechos exclusivos de comercialización en la fase del comercio al por mayor. En cuanto a su venta al por menor, deberá asegurarse a los consumidores en forma no discriminatoria. Se establecen contingentes de importación para el período transitorio 1986-1991 que, de acuerdo con la información facilitada por la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos, no han sido ni con mucho agotados.

No es posible saber en la actualidad hasta qué punto las menores importaciones de labores procedentes de los Estados miembros comunitarios se deben a la falta de interés de Tabacalera, único importador, en que dichos productos compitieran con los de elaboración propia.

La rápida evolución de las importaciones de labores comunitarias desde 1991 demuestra que existe un mercado potencial muy prometedor, hasta la fecha solamente explotado por Tabacalera sin que goce ya de derechos exclusivos. Tampoco es posible estimar cuál sería el volumen de importaciones comunitarias si hubiera operadores distintos de Tabacalera que pudieran fijar su estrategia de precios para competir con las labores ofrecidas por Tabacalera pero, indudablemente, la opción de que sea la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos quien decida sobre las solicitudes de autorización para el ejercicio de las nuevas actividades permitidas no es la más adecuada para introducir competencia en este segmento del mercado. Como ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia de las Comunidades en sus sentencias de 3

de febrero de 1976 (As. 59/75 Manghera) rec p. 91 y de 7 de junio de 1983 (As. 78/82 Comisión vs República Italiana) rec p. 1960 "*el monopolio no puede no preferir sus propios productos a los de sus competidores*".

Hasta la fecha, la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos ha concedido dos autorizaciones para la actividad de importación de labores comunitarias y ninguna para la actividad de comercialización al por mayor de las mismas. Como no existe más mayorista que Tabacalera y el comercio minorista está sometido a monopolio, un importador autorizado solamente puede vender sus importaciones a Tabacalera, por lo que la autorización para la actividad de importación sin que existan mayoristas diferentes del monopolista no conduce a ninguna modificación *de facto*.

La persistente denegación de la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos de las necesarias autorizaciones para ejercer las actividades liberalizadas de importación y distribución al por mayor en España de labores de tabaco procedentes de países comunitarios constituye, en mi opinión, una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación prohibida por el artículo 30 del Tratado CEE y una infracción de lo dispuesto en su artículo 37.1 a la vista del contenido del Acta de Adhesión de España a las Comunidades. Dicha infracción podría ser objeto de denuncia ante los servicios de la Comisión y de la misma sería responsable el Reino de España.

En terminología de Stigler, este asunto constituye un caso claro de "captura del regulador" y los efectos de la actuación administrativa han sido peores que si se hubiera dejado en manos del monopolista la capacidad de conceder o denegar los permisos de actividad a sus competidores puesto que dicha conducta podría, al menos, ser combatida con los instrumentos legales de defensa de la competencia.