

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo
Contencioso-Administrativo
Sección: TERCERA

SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 08/11/2012

REC.ORDINARIO(c/d)

Recurso Núm.: 59/2007

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Votación: 06/11/2012

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

Escrito por: ELC

Nota:

REAL DECRETO 1/2007, DE 12 DE ENERO, POR EL QUE SE MODIFICA EL REAL DECRETO 1199/1999, DE 9 DE JULIO, POR EL QUE SE DESARROLLA LA LEY 13/1998, DE 4 DE MAYO, DE ORDENACIÓN DEL MERCADO DE TABACOS Y NORMATIVA TRIBUTARIA, Y SE REGULA EL ESTATUTO CONCESIONAL DE LA RED DE EXPENDEDURÍAS DE TABACO Y TIMBRE. ASOCIACIÓN NACIONAL DE EXPENDEDORES DE TABACO Y TIMBRE (ANETT) [EMPRESARIOS Y COMERCIANTES DEL TABACO (ECOT)].

REC.ORDINARIO(c/d) Num.: 59/2007

Votación: 06/11/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: TERCERA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Pedro José Yagüe Gil

Magistrados:

D. Manuel Campos Sánchez-Bordona

D. Eduardo Espín Templado

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D^a. María Isabel Perelló Doménech

En la Villa de Madrid, a ocho de Noviembre de dos mil doce. .

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo número 01/59/2007, interpuesto por la Procuradora Doña María Isabel Torres Ruíz, en representación de la

ASOCIACIÓN NACIONAL DE EXPENDEDORES DE TABACO Y TIMBRE (ANETT), que posteriormente cambió su denominación por EMPRESARIOS Y COMERCIANTES DEL TABACO (ECOT), con la asistencia de Letrado, contra el Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, y se regula el Estatuto concesional de la red de expendedorías de tabaco y timbre. Han sido partes recurridas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, la UNIÓN DE ASOCIACIONES DE ESTANQUEROS DE ESPAÑA, representada por el Procurador Don Marco Aurelio Labajo González, la entidad mercantil LOGIVEND, S.L.U., representada por la Procuradora Doña María Teresa Goñi Toledo, y la ORGANIZACIÓN NACIONAL DE ASOCIACIONES DE ESTANQUEROS, representada por la Procuradora Doña María Luisa Noya Otero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EXPENDEDORES DE TABACO Y TIMBRE (ANETT), interpuso ante esta Sala, con fecha 20 de marzo de 2007 el recurso contencioso-administrativo número 1/59/2007, contra el Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, por el que se modifica el Real decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, y se regula el Estatuto concesional de la red de expendedorías de tabaco y timbre.

SEGUNDO.- En su escrito de demanda, presentado el 24 de julio de 2007, la representación procesal de la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EXPENDEDORES DE TABACO Y TIMBRE (ANETT) recurrente, alegó los

hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«Tenga por formulada DEMANDA en el Recurso Contencioso-Administrativo nº 01/59/2007 y, tras los trámites procesales procedentes, acuerde antes de dictar Sentencia, lo siguiente:

1. Plantear, al amparo del art. 234 del Tratado CE, una "cuestión prejudicial" al Tribunal de Justicia Europeo, al objeto de que éste declare si resulta conforme con el Tratado de la Comunidad Europea; en concreto, con la libre circulación de mercancías en el Mercado interior y la prohibición entre los Estados miembros de restricciones cuantitativas a la importación y exportación, así como de todas las medidas de efecto equivalente (arts. 28 y 29), la regulación del Mercado de tabacos en España y del Monopolio minorista en cuanto:

a) Mantiene para los Expendedores la prohibición para efectuar la actividad de importación de labores de tabaco desde otros Estados miembros.

b) Prohíbe a los Expendedores la venta a distancia o por medios telemáticos o mediante exportación.

En función del eventual planteamiento de la cuestión prejudicial que se solicita, declare entonces la nulidad de aquellos preceptos impugnados que pudieran resultar disconformes con el Tratado.

2. Plantear, al amparo del art. 163 CE y cc. de la LOTC, una "cuestión de inconstitucionalidad" al Tribunal Constitucional, al objeto de que declare si resulta conforme con la Constitución la regulación del Mercado de tabacos en España y del Monopolio minorista, y, caso contrario, la nulidad de los preceptos correspondientes, en cuanto:

a) Prohíbe a los Expendedores intervenir en el mercado de importación, fabricación y distribución mayorista de labores de tabaco (arts. 33 y 38), en relación con el art. 128.2 CE), al margen de Monopolio.

b) Obliga a los titulares de los puntos de venta con recargo a adquirir las labores en una de las tres Expendedurías más cercanas (asimismo, art. 38, en relación con el art. 128 CE).

c) Impone a los Expendedores un régimen sancionador como el expuesto, y si éste es o no absolutamente desproporcionado en función de la persona del Expendedor, como pequeño comerciante, y de las enormes cuantías que establece para él, y vulnerador por ello del derecho de

propiedad, la dignidad del sancionado y la idea misma de justicia (art. 1.1, 10 y 33 CE).

d) Determina si tipificar como infracción muy grave la comisión de dos o más infracciones graves vulnera el principio non bis in idem (art. 25.1 CE).

3. Final, y subsidiariamente, declare la nulidad de los apartados Cinco y Seis y Treinta del artículo único del Real Decreto 1/2007 por contradecir las leyes de los que traen causa los nuevos preceptos del Real Decreto 1199/1999 modificados por aquéllos .».

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito presentado con fecha 27 de octubre de 2007, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«Que, teniendo por presentado este escrito, con sus copias y documento que lo acompaña, se sirva admitirlo; tenga por formuladas las consideraciones que en él se contienen; por cumplimentado el traslado al que corresponden; y, previa la tramitación que proceda, dicte sentencia por la que se declare la desestimación del recurso y se impongan las costas a las recurrentes.».

CUARTO.- La representación procesal de la UNIÓN DE ASOCIACIONES DE ESTANQUEROS DE ESPAÑA contestó, asimismo, a la demanda por escrito presentado con fecha 23 de noviembre de 2007, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«Que, por presentado este escrito con los documentos que lo acompañan, lo admita y, en su virtud, tenga por contestada la demanda en nombre de mi mandante; y, previos los trámites legales oportunos, declare la inadmisibilidad y, en su defecto, desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto, confirmando en todas sus partes la legalidad de la resolución impugnada, con imposición de las costas a la parte recurrente.».

QUINTO.- La representación procesal de la ORGANIZACIÓN NACIONAL DE ASOCIACIONES DE ESTANQUEROS contestó, igualmente, a la demanda por escrito presentado el 29 de noviembre de 2007, en el que tras alegar los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«Que teniendo por presentado este escrito con sus copias, lo admita y tenga por contestada la demanda en tiempo y forma, y continuando por sus trámites este procedimiento, dicte sentencia por la que desestime el presente recurso, con imposición de las costas al recurrente.».

SEXTO.- Por auto de 12 de diciembre de 2007, se acordó tener por formalizada oposición a la UNIÓN DE ASOCIACIONES DE ESTANQUEROS DE ESPAÑA y a la ORGANIZACIÓN NACIONAL DE ASOCIACIONES DE ESTANQUEROS, y por caducado en el trámite de contestación a la demandada LOGIVEND, S.L.U.

SÉPTIMO.- Por auto de 15 de septiembre de 2008, se acordó fijar la cuantía del recurso en indeterminada y recibir el proceso a prueba, pudiendo las partes formular por escrito, durante quince días, los medios de prueba de que intenten valerse, sobre los siguientes puntos de hecho: los propuestos en el escrito de demanda, formándose en su caso, las oportunas piezas separadas; y, respecto a las conclusiones solicitadas, en su momento se acordará.

OCTAVO.- Practicadas las pruebas propuestas y admitidas, por providencia de fecha 26 de enero de 2009 se declara terminado y concluso el periodo de práctica de pruebas y se concede al representante procesal del actor el plazo de diez días a fin de que presente escrito de conclusiones sucintas de los hechos por él mismo alegados y motivos jurídicos en que se apoye, conforme determina el artículo 64 de la Ley de esta Jurisdicción, evacuando dicho trámite

por escrito presentado con fecha 26 de febrero de 2009, el cual lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«Tenga por formuladas Conclusiones en el Recurso Contencioso-Administrativo nº 01/59/2007.».

NOVENO.- Por diligencia de ordenación de fecha 2 de marzo de 2009, se otorgó a las partes recurridas (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, la UNIÓN DE ASOCIACIONES DE ESTANQUEROS DE ESPAÑA, la entidad mercantil LOGIVEND, S.L.U. y la ORGANIZACIÓN NACIONAL DE ASOCIACIONES DE ESTANQUEROS), el plazo de diez días para presentar sus conclusiones, evacuándose dicho trámite con el siguiente resultado:

1º.- El Procurador Don Marco Aurelio Labajo González, en representación de la UNIÓN DE ASOCIACIONES DE ESTANQUEROS DE ESPAÑA, en escrito presentado con fecha 11 de marzo de 2009, expuso las alegaciones que consideró oportunas y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«tenga por evacuado el traslado para conclusiones y dicte sentencia conforme a la súplica del escrito de contestación a la demanda.».

2º.- La Procuradora Doña María Luisa Noya Otero, en representación de la ORGANIZACIÓN NACIONAL DE ASOCIACIONES DE ESTANQUEROS, en escrito presentado el día 18 de marzo de 2009 expuso, asimismo, las alegaciones que consideró oportunas y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«Que teniendo por presentado este escrito con sus copias, lo admita y tenga por formulado escrito de conclusiones sucintas en tiempo y forma.».

DÉCIMO.- Por providencia de fecha 31 de marzo de 2009, se acordó, entre otros extremos, tener por caducado y perdido el trámite de conclusiones sucintas al Abogado del Estado y a la entidad mercantil LOGIVEND, S.L.U.

demandados, presentándose con fecha 2 de abril de 2009 por el Abogado del Estado, escrito de conclusiones, en el que tras efectuar las alegaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que, teniendo por presentado este escrito, con sus copias, se sirva admitirlo; tenga por formuladas las consideraciones que en él se contienen; por cumplimentado el trámite de conclusiones escritas del procedimiento; y, previa la tramitación que proceda, dicte sentencia, en su día, en los términos interesados en el suplico de su escrito de contestación a la demanda. ».

UNDÉCIMO.- Por providencia de 18 de septiembre de 2009, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 1 de diciembre de 2009, suspendiéndose el señalamiento por providencia de 19 de enero de 2010, y señalándose nuevamente para votación y fallo el día 18 de mayo de 2010, fecha en que se dictó Auto cuya parte dispositiva dice literalmente:

« Primero.- Suspender el procedimiento hasta la resolución del incidente prejudicial.

Segundo.- Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al amparo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 234 del Tratado CE), la siguiente cuestión prejudicial:

La interpretación del artículo 34 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 285 TCE) ¿permite considerar que la prohibición impuesta a los titulares de expendedorías de tabaco para desarrollar la actividad de importación de labores de tabacos desde otros Estados miembros, conforme al Derecho interno español, constituye una restricción cuantitativa a la importación o una medida de efecto equivalente prohibidas por el Tratado? ».

DUODÉCIMO.- Por escrito de 16 de diciembre de 2010, la representación procesal de la Asociación Nacional de Expendedores de Tabaco y Timbre, comunica el cambio de denominación de dicha Asociación por la de

EMPRESARIOS Y COMERCIANTES DEL TABACO (ECOT), y por providencia de 14 de febrero de 2011, se tienen por hechas dichas manifestaciones.

DECIMOTERCERO.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia con fecha 26 de abril de 2012 por la que declara que *«el artículo 34 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que prohíbe a los titulares de expendedorías de tabaco y timbre desarrollar la actividad de importación de labores de tabaco a otros Estados miembros»*.

DECIMOCUARTO.- Por providencia de 11 de mayo de 2012, con alzamiento de la suspensión que venía acordada, se acordó dar traslado a las partes personadas para alegaciones de la citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, evacuándose dicho trámite, con el siguiente resultado:

1º.- La representación procesal de la UNIÓN DE ASOCIACIONES DE ESTANQUEROS DE ESPAÑA, presentó escrito con fecha 29 de mayo de 2012, en el que tras efectuar las alegaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que teniendo por presentado este escrito, se sirva a admitirlo, se tengan en cuenta las alegaciones formuladas y se dicte Sentencia acorde con el contenido de las mismas. ».

2º.- La representación procesal de la Asociación Nacional de Expendedores de Tabaco y Timbre, hoy EMPRESARIOS Y COMERCIANTES DEL TABACO (ECOT), presentó escrito con fecha 30 de mayo de 2012, en el que tras efectuar las alegaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«Tenga por formuladas alegaciones finales en el Recurso n1 01/59/2007 motivadas por la STJUE de 26 de abril de 2012. ANETT (C-456/10), y dicte sentencia anulando los preceptos impugnados».

3º.- El Abogado del Estado, por escrito de fecha 13 de junio de 2012, efectuó, asimismo, las alegaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«Que, teniendo por presente este escrito, con sus copias, se sirva admitirlo; tenga por formuladas las consideraciones que en él se contienen; por cumplimentado el traslado al que corresponden; y, previa la tramitación que proceda, dicte sentencia de conformidad don las miasmas y lo solicitado en nuestro escrito de contestación a la demanda.».

DECIMOQUINTO.- Por diligencia de ordenación de 15 de junio de 2012, se tuvieron por presentados los anteriores escritos y por caducado el derecho y perdido el trámite a las restantes partes personadas.

DECIMOSEXTO.- Por providencia de 13 de julio de 2012, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 6 de noviembre de 2012, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT**, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso contencioso-administrativo.

El presente recurso contencioso-administrativo que enjuicamos se interpone por la representación procesal de la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EXPENDEDORES DE TABACO Y TIMBRE (ANETT) [EMPRESARIOS Y COMERCIANTES DEL TABACO (ECOT)], con el objeto de que, en relación con la impugnación del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, y se regula el Estatuto concesional de la red de expendedurías de tabaco y timbre, se plantee ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestión prejudicial, para que declare si resulta conforme al Tratado de la Comunidad Europea la regulación del mercado de Tabacos en España y del Monopolio minorista que mantiene para los expendedores la prohibición para efectuar la actividad de importación de labores de tabaco desde otros Estados miembros, y, asimismo, la venta a distancia o por medios telemáticos o mediante exportación, debiendo declarar la nulidad de los preceptos impugnados que pudieran resultar disconformes con el Tratado.

En segundo término, se postula que se plantee cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, al objeto de que se declare si resulta disconforme con la Constitución la regulación del Mercado de Tabacos en España y del Monopolio minorista, en cuanto prohíbe a los expendedores intervenir en el mercado de importación, fabricación y distribución mayorista de labores de tabaco, obliga a los titulares de los puntos de venta con recargo a adquirir las labores en una de las expendedurías mas cercanas, impone a los expendedores un régimen sancionador desproporcionado y tipifica como infracción muy grave la comisión de dos o mas infracciones graves por suministro o transporte por el expendedor a un punto de venta con recargo no asignado, debiendo declararse la nulidad de los preceptos correspondientes.

En último término, con carácter subsidiario, se plantea que se declare la nulidad de los apartados cinco, seis y treinta del artículo único del Real Decreto 1/2007, «por contradecir las leyes de que traen causa los nuevos preceptos del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, modificados por aquellos» (sic).

Se infiere, por tanto, de las pretensiones deducidas en el suplico del escrito procesal de demanda, en conexión con el contenido del fundamento jurídico quinto, en que se refieren los preceptos que concretamente se impugnan, que la Asociación recurrente pretende que se declare la nulidad del artículo único, apartados uno, dos, cinco, seis, siete, ocho, diecisiete, veintitrés, veintiocho, treinta, treinta y uno y treinta y dos, y la disposición adicional segunda, en cuanto que modifican artículos del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria, y se regula el estatuto concesional de la red de expendedurías de tabaco y timbre, sin resolver, según se aduce, la contradicción del Régimen del Mercado de Tabacos y del Monopolio minorista con el Derecho Comunitario, en relación con la libre circulación de mercancías en el mercado interior, que garantizan los artículos 28 y 29 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

Para una adecuada comprensión del debate procesal suscitado en este recurso contencioso-administrativo, procede transcribir el contenido de las disposiciones del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero impugnadas, y de las disposiciones del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, que son impugnadas, en cuanto no han sido modificadas por el referido Real Decreto 1/2007, sin resolver la contradicción con el Derecho Comunitario y la Constitución española, en referencia al derecho a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y al derecho de propiedad (arts. 33, 38 y 128.2 CE).

El apartado uno del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, dispone:

«Uno. La letra a) del apartado uno del artículo 2 queda redactada de la siguiente manera:

«a) Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, estar sujetas a intervención judicial o haber sido inhabilitadas conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio (RCL 2003\1748), Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso, o incursos en procedimientos de apremio como deudor de cualquier Administración pública».».

El apartado dos del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, estipula:

«Dos. El artículo 5 queda redactado de la siguiente manera:

«Artículo 5. Régimen jurídico del comercio mayorista de labores de tabaco. La licencia para la comercialización o distribución mayorista de labores de tabaco se otorgará por el Comisionado para el Mercado de Tabacos, previa acreditación por parte del peticionario de su capacidad de prestación del servicio, entendiéndose por tal el cumplimiento de los siguientes requisitos: a Capacidad técnica, empresarial, contable y financiera proporcionada al volumen de negocio previsto, que se evaluará por aplicación de las condiciones y parámetros previstos para los fabricantes en el artículo 3, apartado dos, párrafos a) y b), del presente Real Decreto. b Disponibilidad de uso de almacenes en territorio aduanero español que permitan el correcto almacenamiento, y en condiciones de seguridad, de los productos, así como la fácil comprobación por la Administración de las labores almacenadas, su origen y sus movimientos. Para evaluar el cumplimiento de este requisito se estará a lo dispuesto en el artículo 3, apartado dos, párrafo c) y apartado tres, del presente Real Decreto. c Posibilidad de utilización de medios de transporte, propios o ajenos, que permita la regular distribución de las labores hasta las expendedorías».».

El apartado cinco del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, establece:

«Cinco. El artículo 10 queda redactado de la siguiente manera:

«Artículo 10. Publicidad y promoción de labores del tabaco. [...] Dos. La promoción de marcas o productos del tabaco en las expendedorías, sólo podrá realizarse en su interior y en ningún caso podrá ser retribuida, ni discriminatoria entre productos, marcas o fabricantes, no pudiendo desarrollarse ninguna actividad publicitaria de labores de tabaco

fuera de la promoción, tal como queda especificada en el artículo 11. Tres. No se podrán incluir en los establecimientos donde se encuentren los puntos de venta con recargo, ni en las máquinas expendedoras, logotipos, rótulos o elementos identificativos de fabricantes, marquistas o distribuidores así como la publicidad de sus marcas y productos, excepto la información que corresponda para la identificación de los canales en las máquinas expendedoras. Los pulsadores o botones de las máquinas expendedoras exhibirán una reproducción total de una cajetilla en la que se muestre la marca. Adicionalmente podrán mostrar su precio de venta al público con el recargo estipulado ya incluido. El tamaño de la información o identificación de los productos del tabaco en los pulsadores o botones de las máquinas expendedoras no podrá ser superior al de la mitad de una cajetilla estándar. Cuatro Todas estas actividades no podrán tener como destinatarios a los menores de edad».

El apartado seis del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, prescribe:

«Seis. Se modifica el número uno y el número cinco del artículo 11 y se añade al mismo un número seis quedando todos ellos redactados de la siguiente manera:

«Uno. Se permitirá, en el interior de las expendedorías, previa comunicación al Comisionado para el Mercado de Tabacos, a tenor de lo establecido en el artículo 6 de la Ley 13/1998, y en el artículo 9.1.b) de la Ley 28/2005 de Medidas Sanitarias frente al Tabaquismo y Reguladora de la Venta, el Suministro, el Consumo y la Publicidad de los Productos del Tabaco, la actividad promocional de productos del tabaco, siempre que no sea retribuida y que no suponga la distribución gratuita de tabaco o de bienes y servicios exclusivamente relacionados con productos del tabaco o con el hábito de fumar o que lleven aparejados nombres, marcas, símbolos o cualesquiera otros signos distintivos que sean utilizados para los productos del tabaco. En todo caso, el valor o precio de los bienes o servicios citados no podrá ser superior al cinco por ciento del precio de los productos del tabaco que se pretenda promocionar.».

El apartado siete del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, dispone:

«Siete. Se añade un nuevo número tres al artículo 13 con la siguiente redacción:

«Tres. Los fabricantes deberán garantizar que sus productos lleguen al ámbito territorial a que se refiere el artículo 1, apartado uno, de la Ley 13/1998, siempre que exista demanda de los mismos».».

El apartado ocho del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, estipula:

«Ocho. El artículo 14 del Real Decreto 1199/1999 queda sin contenido.».

El apartado diecisiete del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, establece:

«Diecisiete. El párrafo primero del número dos del artículo 26 queda redactado de la forma siguiente:

«Dos. La concurrencia de alguna de las circunstancias inhabilitantes a que se refiere el apartado anterior, acaecida en el período a que se extiende la concesión, determinará la inmediata revocación de la misma salvo que, en supuestos de no estar al corriente en las obligaciones tributarias o de la Seguridad Social la Administración opte de forma fehaciente por el embargo de la concesión. Igual norma será aplicable para el supuesto de que se acredite la falsedad de los documentos y datos en virtud de los cuales se hubiera obtenido la concesión. En ambos supuestos se requerirá la instrucción de expediente por parte del Comisionado para el Mercado de Tabacos y la audiencia del interesado.».

El apartado veintitrés del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, precisa:

«Veintitrés. El artículo 37 tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 37. Reglas de provisión y funcionamiento de los puntos de venta con recargo. Uno El titular de un establecimiento mercantil abierto al público, que desee obtener una autorización de venta con recargo para la expedición de los productos en dicho establecimiento, deberá solicitarlo al Organismo autónomo Comisionado para el Mercado de Tabacos, siguiendo el procedimiento que se establezca mediante resolución del citado organismo .Dos El solicitante deberá seleccionar una expendeduría

de entre las previstas en el artículo 42.dos del presente Real Decreto. La expendeduría seleccionada comprobará el cumplimiento del requisito establecido en el citado artículo, responsabilizándose bajo su firma y sello que es una de las tres más cercanas al punto de venta solicitado, conforme al mencionado artículo. Tres. Una vez sellada y devuelta la solicitud, se procederá al ingreso previo del importe de la tasa y a remitir la documentación al Comisionado a través de los medios a que se refiere la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La suscripción de la solicitud supone el reconocimiento expreso por parte del titular del establecimiento de no encontrarse incurso en ninguna de las prohibiciones en materia sanitaria establecidas por el ordenamiento jurídico. Cuatro. La negativa al suministro por parte del expendedor, o al sellado de la solicitud, así como la inclusión de datos falsos o inexactos constituirá infracción tipificada en los artículos 7.tres, 2 a) y d) , de la Ley 13/1998, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, siendo sancionados como infracción grave. Cinco. Hasta tanto no haya sido otorgada la autorización pertinente, no se podrá suministrar por parte del expendedor designado, ni vender por parte del solicitante de la autorización productos del tabaco. Seis. En caso de ser denegada la autorización, se procederá por parte del Comisionado, a la devolución del ingreso previo efectuado. Siete. El autorizado para la venta con recargo deberá cumplir las siguientes normas de funcionamiento: 1. La venta y el suministro a través de máquinas expendedoras se realizará de acuerdo con las siguientes condiciones: a) Uso: se prohíbe a los menores de dieciocho años el uso de máquinas expendedoras de productos del tabaco. b) Ubicación: las máquinas expendedoras de productos del tabaco sólo podrán ubicarse, siempre bajo vigilancia directa y permanente: -En el interior de quioscos de prensa situados en la vía pública. -En el interior de locales, centros o establecimientos en los que no esté prohibido fumar, así como en aquellos a los que se refieren las letras b), c) y d) del artículo 8.1 Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de Medidas Sanitarias frente al Tabaquismo y Reguladora de la Venta, el Suministro, el Consumo y la Publicidad de los Productos del Tabaco. No se podrán ubicar en las áreas anexas o de acceso previo a los locales, como son las zonas de cortavientos, porches, pórticos, pasillos de centros comerciales, vestíbulos, distribuidores, escaleras, soportales o lugares similares que puedan ser parte de un inmueble pero no constituyen propiamente el interior de éste .2. Únicamente se permitirá la venta manual en los establecimientos autorizados respecto de los cigarrillos y cigarrillos de capa natural». ».

El apartado veintiocho del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, estipula:

« Veintiocho. Los apartados uno, dos, tres y cuatro del artículo 42 quedan redactados de la siguiente forma:

«Uno. Los titulares de expendedorías tendrán libertad para adquirir directamente de los distribuidores al por mayor, y únicamente de ellos, los tipos y cantidades de tabaco que consideren necesarios para atender su normal demanda sin discriminar por razón de su origen marcas ni productos. Por lo que respecta a la adquisición de efectos timbrados y signos de franqueo, los expendedores se relacionarán directamente con los adjudicatarios del contrato de distribución al por mayor de efectos timbrados o signos de franqueo, según las previsiones de la disposición adicional sexta de la Ley 13/1998, de 4 de mayo. El Comisionado para el Mercado de Tabacos podrá establecer, atendidas las circunstancias de los diversos tipos de expendedorías, normas sobre surtidos mínimos. Dos. Los titulares de autorización para la venta con recargo deberán abastecerse necesariamente a los precios de tarifa en la expendedoría del término municipal o, en su caso, entidad local menor de que se trate que, a tal efecto y en cada caso, sea asignada a petición del titular del punto de venta con recargo de entre las tres más próximas al local cuyo servicio se pretende atender. Tratándose de cigarros la elección podrá hacerse entre las tres expendedorías más próximas que dispongan de las instalaciones adecuadas para su conservación, con diversidad de vitolas, y que garanticen un suministro inmediato. Se entiende por suministro inmediato aquel que se realiza, de forma habitual, directamente del stock de la expendedoría. Tres. La venta y circulación de labores de tabaco deberán ir acompañadas de su correspondiente factura o vendí. Se exceptúa de este requisito la venta realizada directamente al consumidor por establecimientos de la red minorista en cantidades inferiores a 800 cigarrillos, 200 unidades si se trata de cigarros puros, 400 unidades en el caso de cigarrillos, o 1 kilogramo de las demás labores de tabaco. Los vendís o facturas, que habrán de extenderse por duplicado, se conservarán por el autorizado para la venta con recargo y la expendedoría de suministro durante un período de uno y tres años, respectivamente. El vendí o la factura amparará la circulación del producto y su tenencia en el punto de venta con recargo, durante el plazo de quince días a contar desde la fecha de su expedición. Los productos contenidos en las máquinas expendedoras o expuestos para la venta en el punto de venta con recargo, unida a la posesión del correspondiente vendí o factura con antigüedad no superior a quince días, acreditará la procedencia del producto de la expendedoría oficialmente asignada para el suministro y su no procedencia en el caso contrario. Cuatro. La adquisición y transporte de labores con destino a los puntos autorizados para la venta con recargo deberán realizarse con sujeción a las normas establecidas en el presente Real Decreto personalmente por el titular de la autorización o por sus familiares vinculados al negocio, o por sus dependientes, unos y otros autorizados expresamente al efecto; no obstante, el transporte de las

labores podrá ser realizado por el titular de la expendedoría, por sus familiares vinculados al negocio o por sus dependientes, también autorizados expresamente al efecto. El autorizado para la venta con recargo responderá directamente de la gestión de las personas autorizadas para la adquisición y transporte del tabaco. Excepcionalmente en los casos en que el abastecimiento de labores de tabaco a los puntos de venta con recargo autorizados no pueda realizarse por las personas citadas en el párrafo anterior, tanto el expendedor como el autorizado para la venta con recargo podrán valerse de mandatarios para el transporte, apoderados expresamente por escrito, respondiendo de su gestión como si fuera realizada personalmente por el mandante. En dichos casos, se comunicará al Comisionado la identidad de los mandatarios».».

El apartado treinta del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, dispone:

«Treinta. Se añade un nuevo número seis al artículo 46 y se modifica los apartados uno y dos del artículo 46 quedando todos ellos redactados de la siguiente manera:

«Uno. La transmisión "inter vivos" de la titularidad a favor de cualquier persona física que reúna los requisitos exigidos para ser concesionario, sólo podrá realizarse cuando el titular cedente la hubiera ejercido efectivamente durante un período mínimo de cinco años, salvo caso de incapacidad sobrevenida, y no estuviese incurso en un procedimiento sancionador por infracción a esta normativa. El titular deberá solicitar autorización para la transmisión al Comisionado para el Mercado de Tabacos especificando la identidad de la persona propuesta para sucederle. La designación obligatoriamente habrá de realizarse en documento público donde conste el valor del bien transmitido. Dos. En el supuesto de transmisión "mortis causa" el sucesor, que habrá de ser designado en testamento o documento público, deberá realizar idéntica solicitud a la prevista en el párrafo anterior en el plazo de tres meses siguientes al fallecimiento. En el supuesto de falta de previsión por el causante corresponderá a los coherederos por mayorías, dentro de cada grado y de acuerdo con la preferencia establecida por el Código Civil, la elección de la persona de entre ellas llamada a la titularidad de la expendedoría. Dicha designación y la correspondiente solicitud habrá de efectuarse necesariamente en el plazo de cuatro meses siguientes al fallecimiento del causante».

«Seis. La transmisión consecuencia de un embargo administrativo se regirá por las reglas previstas en este artículo, debiendo cumplir, en todo caso, los demás requisitos establecidos en este Real Decreto».».

El apartado treinta y uno del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, dispone:

«Treinta y uno. El punto 5 del artículo 56 queda redactado de la siguiente forma:

«5. La comisión de dos o más infracciones graves por suministro o transporte por el expendedor a un punto de venta con recargo no asignado».».

El apartado treinta y dos del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, estipula:

«Treinta y dos. La letra e) del punto 5 del artículo 57 queda redactada de la siguiente forma:

«e) El suministro o transporte a puntos de venta con recargo distintos de los que tuviera reglamentariamente adscritos, o que no dispusieran de autorización o que la misma se encontrase caducada, así como la realización de actividades comerciales que excedan del ámbito propio de la concesión como la venta a distancia o por medios telemáticos o mediante exportación o a otras expendedorías».».

Y la disposición adicional segunda del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, dispone:

«Disposición Adicional segunda. Conversión a euros de las cantidades fijadas en el Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, y Regula el estatuto concesional de la red de expendedorías de tabaco y timbre.

Los importes en pesetas establecidos por el Real Decreto 1199/1999, tendrán las siguientes equivalencias:

<i>100.000 pesetas</i>	<i>601,01 euros</i>
<i>500.000 pesetas</i>	<i>3.005,06 euros</i>
<i>2.000.000 de pesetas</i>	<i>12.020,24 euros</i>
<i>20.000.000 de pesetas</i>	<i>120.202,42 euros</i>
<i>50.000.000 de pesetas</i>	<i>300.506,05 euros</i>

El recurso contencioso-administrativo se fundamenta, sustancialmente, en la alegación de que la regulación del Mercado de Tabacos en España y del monopolio minorista, establecida en la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, y en las normas reglamentarias de desarrollo -Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria, y se regula el estatuto concesional de la red de expendedurías de tabaco y timbre, y Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, por el que se modifica la referida norma-, infringe el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en cuanto que la prohibición que se impone a los expendedores de tabacos para realizar las actividades de fabricación, importación o distribución mayorista de labores de tabaco es contraria a la libre circulación de mercancías, garantizada por el artículo 28 TCE, ya que, por tratarse de actividades que no forman parte de la función específica del monopolio de tabacos español, constituye una restricción cuantitativa o una medida de efecto equivalente.

La prohibición a los expendedores de la venta a distancia o por medios telemáticos o mediante la exportación, a consumidores europeos no residentes en España, es, asimismo, una restricción cuantitativa al comercio intracomunitario, prohibida por el artículo 29 del Tratado CE.

En el desarrollo de estos argumentos, que fundamentan la pretensión de nulidad de las disposiciones enunciadas del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, por infracción del Derecho Comunitario, se aduce que «el monopolio español de tabacos» infringe la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (STJ de 5 de junio de 2007 [C-170/05]), en cuanto que de ella se desprende que la función específica asignada «que es la venta minorista en exclusiva de las labores de tabaco a través de una Red estatal de expendedurías de tabaco, gestionada en régimen de concesión de cada uno de los puntos de venta, no se extiende a la fabricación, importación y distribución mayorista. Por tanto, la prohibición a los

expendedores (por sí o asociados) de desarrollar la actividad de importación es ajena a la «función específica del monopolio», pues no se justifica por el interés general de protección de la salud, y vulnera el artículo 28 TCE.

El mantenimiento del requisito de «no tener vinculación profesional o laboral con cualquiera de los importadores, fabricantes y mayoristas de tabaco, salvo que se comprometa a cesar en las mencionadas situaciones, supuesto en el cual la adjudicación no será definitiva hasta que el cese se haya producido», en la disposición reglamentaria que desarrolla la Ley de ordenación del Mercado de Tabacos, entre las condiciones para ser concesionario de una expendedoría de tabaco, se considera que vulnera el Tratado CE.

En apoyo de esta tesis impugnatoria, se afirma que el establecimiento de requisitos tan estrictos, a los titulares de expendedorías de tabaco, para entrar en el Mercado de la importación y el comercio mayorista de labores de tabaco comporta un obstáculo al acceso a esas fases del Mercado, que ha determinado el dominio absoluto de un grupo empresarial, que resulta contraria a la jurisprudencia europea sobre monopolios, que veda esos requisitos en cuanto constituyan un obstáculo a la importación: Desde esta perspectiva, se cuestiona si la obligación de «garantizar los fabricantes o importadores que sus productos lleguen a todo el ámbito territorial del Monopolio (toda España, salvo Canarias), y la necesidad de disponer de almacenamiento, pueden claramente ser medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas, prohibidas por el Tratado CE, como ha dicho el TJ» (sic).

Se refiere que la Ley española de Ordenación del Mercado de Tabacos regula el Monopolio con total desconocimiento de su fin de interés general: la protección de la salud y, en especial, de los más jóvenes contra el tabaquismo. Puede entenderse que esos fines están amparados por otras normas, lo cual no se niega, pero lo que es evidente es que mantener la venta de un producto dañino para la salud en monopolio exige establecer -como fin de la norma- medidas de protección contra los actos de los intervinientes en el mercado atentatorios contra la salud de los ciudadanos, pues la LOMT no establece norma preventiva o represiva alguna con tal fin. Se limita a disponer que el Ministerio de Sanidad elaborará un informe sobre los aspectos sanitarios de las labores de tabaco, pero sólo de las de contrabando (disp. adicional 8ª, penúltimo prfo.). Por

el contrario, regula un sistema de infracciones y sanciones desvinculado totalmente de ello, ajeno al genuino fin y función del monopolio y absolutamente desproporcionado para el expendedor.

SEGUNDO.- Sobre el marco jurídico regulador del mercado de tabacos.

La Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, liberalizó el mercado de tabacos, declarando extinguido el monopolio de fabricación y el monopolio de importación y de comercialización al por mayor de labores de tabaco, reconociendo la facultad de cualquier persona física o jurídica, con capacidad legal, para el ejercicio del comercio de realizar dichas actividades, con las condiciones establecidas en los artículos 2 y 3 de la presente Ley, aunque mantuvo, siguiendo la jurisprudencia comunitaria, el monopolio del comercio al por menor de labores de tabaco a favor del Estado, a través de la Red de Expendedurías de Tabaco, que se considera reviste el carácter de servicio público, en cuanto constituye un instrumento fundamental e irrenunciable del Estado para ejercer el control de un producto estancado como es el tabaco, con notable repercusión tributaria y aduanera.

El legislador justifica la adopción del nuevo régimen ordenatorio del Mercado de Tabacos en los siguientes términos, que se expresan en la Exposición de Motivos de la Ley 13/1998:

«La Ley 38/1985, de 22 de noviembre, del Monopolio Fiscal de Tabacos, dictada con motivo de la incorporación de España a las Comunidades Europeas, debe ser reformada para aplicar en el sector tabaquero español el principio de «libertad de empresa», consagrado en el artículo 38 de la Constitución, a las actividades de elaboración, importación y venta al por mayor de los productos del tabaco. La liberalización de dichas actividades se produce tanto porque no subsisten razones para seguir aplicando en esas fases la excepción autorizada por el artículo 128.2 de la Constitución Española al principio general de libertad de la iniciativa privada que predica el artículo 38 de la propia Constitución, como por ser coherente con la introducción de elementos liberalizadores de la economía que comporta el proceso de privatización de empresas públicas en curso. Ello supone extender la aplicación a los

elaborados del tabaco originarios de terceros países del régimen existente para los productos comunitarios desde 1986.

Se trata, por tanto, de sustituir para las repetidas fases la intervención del Estado en el mercado del tabaco por una nueva actividad meramente reguladora o de vigilancia que salvaguarde la aplicación de los criterios de neutralidad y las condiciones de libre competencia efectiva, de tal forma que, dejando actuar a todos los sujetos que lo deseen, se supervise por un órgano estatal el correcto desenvolvimiento de tal actividad empresarial. En consecuencia, la nueva Ley suprime los actuales monopolios de fabricación, de importación y de comercio al por mayor para las labores de tabaco no procedentes de los Estados miembros de la Unión Europea.

La nueva normativa mantiene, en cambio, siguiendo la jurisprudencia comunitaria y su reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de diciembre de 1995 (asunto C-387/93 «Caso Bancharo»), el monopolio del comercio al por menor de labores de tabaco a favor del Estado a través de la Red de Expendedurías de Tabaco y Timbre. El mantenimiento de la titularidad del Estado en el monopolio de comercio al por menor de labores de tabaco, que continúa revistiendo el carácter de servicio público, constituye un instrumento fundamental e irrenunciable del Estado para el control de un producto estancado como es el tabaco, con notable repercusión aduanera y tributaria. Por añadidura, la continuidad de la amplia red minorista de Expendedurías de Tabaco y Timbre, con garantía probada de neutralidad, evita la aparición de oligopolios que podrían afectar negativamente a dicha neutralidad, recortar el derecho de opción del consumidor y promocionar el consumo de tabaco, garantiza al adquirente la regularidad en el abastecimiento y la legalidad y adecuada conservación de los productos, asegura la venta de efectos timbrados y signos de franqueo en todo el territorio nacional y propicia una más amplia vinculación con la red de establecimientos de Loterías, Apuestas y Juegos del Estado.

Se recoge asimismo la prohibición de realizar actividades promocionales por parte de fabricantes, importadores o mayoristas, a los expendedores de tabaco y timbre o a los puntos autorizados para la venta con recargo, por cuanto tales prácticas podrían alterar los principios de neutralidad y de igualdad de la red minorista, evitando, de este modo, cualquier tipo de presión de forma contraria a los principios sanitarios que presiden la lucha contra el tabaquismo.

Se establece que el acceso a la titularidad de una expendeduría se realizará previa convocatoria de concursos con bases no discriminatorias, objetivas y transparentes, basadas en criterios comerciales, de rentabilidad, de servicio público, de distancias entre expendedurías y de

población. Las condiciones de ejercicio de tal actividad se configurarán en el Estatuto Concesional que aprobará el Gobierno, en el cual se potenciará el carácter comercial de las expendedorías para la mejor atención del servicio público en el tiempo y el espacio.

La Ley crea el Comisionado para el Mercado de Tabacos como Organismo autónomo que sustituirá a la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos. El Comisionado se regirá por la presente Ley, las disposiciones del Título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y los Estatutos que apruebe el Gobierno. Las funciones del Organismo se centran en las de índole reguladora o de vigilancia para salvaguardar de manera neutral la aplicación de las condiciones de libre competencia efectiva por parte de los operadores en el mercado de tabacos; el Comisionado constituirá, asimismo, el órgano de interlocución y relación con los distintos operadores del mercado de tabacos y las organizaciones que les representen.

Como garantía de la aplicación de los preceptos de la presente Ley, se tipifican las infracciones por violación de las reglas de ordenación del mercado de tabacos que la misma establece, sin incidir en las ya contempladas en otras normas legales de distinto carácter aplicables al sector, y se establecen las pertinentes sanciones para los infractores.»

Este régimen legal fue modificado en un primer momento por el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad, y por la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, lo que justifica la relevante revisión y modificación del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria, y se regula el estatuto concesional de la red de expendedorías de tabaco y timbre, por el Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, cuyos objetivos se refieren en la Exposición de Motivos de la norma reglamentaria recurrida, en los siguientes términos:

«[...] Uno de los principales propósitos del presente real decreto ha sido integrar lo dispuesto en la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, en los aspectos de la publicidad y la promoción de las labores del tabaco, con el fin de dar una mayor seguridad jurídica a los operadores, facilitando a los

mismos un claro marco de regulación. Se ha tenido para ello en cuenta la normativa de otras disciplinas que concurren en la materia.

El título I, referido a la fabricación, importación y comercio al por mayor, se ha adaptado a las medidas establecidas en la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de impulso de la productividad como la atenuación de los requisitos de transporte, al eliminar la exclusividad y la necesidad de rotulación e identificación externa de los medios de transporte, así como los de almacenamiento, todo ello tendente a facilitar la entrada de otros distribuidores.

Asimismo, se ha intentado modernizar el mercado mayorista eliminando las obligaciones formales previstas en el Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, buscando dar agilidad al sistema. En este sentido, se establece, como regla general, el intercambio de ficheros informáticos como sistema principal de relación con la Administración.

En el título II, dedicado al comercio al por menor de las labores del tabaco, se ha sistematizado la regulación, desarrollándola, además, en función de los dos operadores del mercado minorista, los concesionarios de expendedorías y los autorizados para la venta con recargo. Este título ha requerido concretar e integrar normativas de distinta índole; de mercado y sanitarias, que en su conjunto suponen numerosas reglas, excepciones, disposiciones de carácter transitorio y adicional. Se responde así a la necesidad de dotar de un marco de regulación adecuado a los comerciantes que decidan operar en este mercado minorista.

En lo dedicado a las expendedorías de tabaco y timbre, se ha pretendido, de forma específica, mejorar el régimen general de las mismas, en el orden práctico de funcionamiento, a la vista de la experiencia de aplicación del Real Decreto 1199/1999. Se ha incorporado la limitación de 25 años en el plazo concesional, lo que otorga dinamismo al mercado minorista; culminada esta medida por la regulación de la transmisión de las expendedorías fuera del sistema causalista y cerrado anterior.

Asimismo, teniendo en cuenta la incidencia de la Ley 24/2005 sobre las posibles transmisiones de expendedorías, que hace factible el embargo y posterior transmisión entre particulares, mientras que, respecto a deudas con la Hacienda Pública, la concurrencia de las mismas supondría la revocación de la concesión, lo que incidiría de forma directa en el cobro de las deudas existentes, se ha introducido una modificación en el artículo 26, que pretende colocar en igual posición a la Hacienda Pública que a un acreedor privado.

Además, se eliminan los límites de venta en Expendedorías y máquinas expendedoras dando mayor agilidad a la comercialización de las labores.

También se han establecido reglas sobre el cambio de ubicación limitando la discrecionalidad del Órgano regulador; y se acortan las distancias entre Expendedorías en aras a conseguir una mayor competencia en el mercado.

La clasificación de expendedurías atiende a la nueva realidad, eliminando algunos tipos afectados por la Ley 28/2005 y concretando los conceptos del resto.

Acorde con las mayores exigencias para el acceso a la actividad de venta con recargo, se elimina la autorización provisional que contenía el anterior Real Decreto, para evitar que la venta en lugares no autorizables, tuviese atisbos de legitimidad.

Otra novedad es la regulación específica de las máquinas expendedoras; se establece el registro de las mismas, obligado tras la aprobación de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de Medidas Sanitarias Frente al Tabaquismo y Reguladora de la Venta, el Suministro, el Consumo y la Publicidad de los Productos del Tabaco.

Asimismo, se regula el abastecimiento del segundo canal teniendo en cuenta la incidencia de la posibilidad de realizar el transporte por parte de los expendedores.

Por último, el título III, dedicado a las infracciones y sanciones, es el título menos afectado por esta nueva redacción, dado que en este ámbito se limita a adaptar el real decreto a los cambios introducidos en la Ley 13/1998, de 4 de mayo, por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre. Así, se ha establecido la reincidencia en el transporte a puntos no asignados como infracción muy grave, introduciéndose como infracción grave el transporte por el expendedor a puntos de venta no asignados.

Consecuentemente con la importancia de las novedades introducidas en la citada ley, y para conseguir la mayor eficacia y funcionamiento del mercado, procede aprobar el correspondiente desarrollo reglamentario.».

A los efectos que interesan al enjuiciamiento del presente recurso contencioso-administrativo, reproducimos el tenor literal de determinadas disposiciones de la Ley 13/1998, que determinan el régimen jurídico de la fabricación, importación, distribución al por mayor y del comercio al por menor de labores de tabaco, enunciados en los artículos 2, 3, 4 y 7, modificados, en algunas de sus prescripciones, por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad, la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio:

«Artículo 2. Régimen jurídico de la fabricación de labores de tabaco.

Uno. La instalación de nuevos centros fabriles para la producción de labores de tabaco será libre, siempre que se cumplan los requisitos generales establecidos en las normas para la apertura de centros fabriles y los demás exigidos por la legislación vigente.

Dos. Además de lo anterior, el establecimiento de nuevos fabricantes en el ámbito territorial a que se refiere el artículo 1, apartado uno, requerirá la presentación de una declaración responsable ante el Comisionado para el Mercado de Tabacos, que en el plazo máximo de quince días desde su presentación podrá acordar motivadamente la no eficacia de la misma, previa verificación de la idoneidad de las condiciones de almacenamiento de las labores producidas, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

Tres. Los fabricantes y, en su caso, los importadores deberán garantizar que sus productos lleguen a todo el ámbito territorial a que se refiere el artículo 1, apartado uno, siempre que exista demanda de los mismos.

Artículo 3. Régimen jurídico de la importación y distribución al por mayor de labores de tabaco.

Uno. Será libre la importación y distribución al por mayor de labores de tabaco, cualquiera que sea su procedencia, sin más requisito que la presentación de una declaración responsable ante el Comisionado para el Mercado de Tabacos, que en el plazo máximo de quince días desde su presentación podrá acordar motivadamente su ineficacia, previa verificación del requisito establecido en los apartados dos y tres siguientes.

Dos. La importación en territorio peninsular español, Islas Baleares, Ceuta y Melilla de labores de tabaco conllevará el control por parte del Comisionado para el Mercado de Tabacos de la disponibilidad de almacenes, propios o contratados, que permitan el correcto almacenamiento, y en condiciones de seguridad, de los productos así como la fácil comprobación por la Administración de las labores almacenadas, su origen y sus movimientos, salvo que el importador asegure la remisión directa del producto al almacén de cualquiera de los fabricantes o mayoristas registrados en el Comisionado para el Mercado de Tabacos.

Tres. La distribución mayorista, en el ámbito territorial a que se refiere el artículo 1, apartado uno, conllevará el control por parte del Comisionado para el Mercado de Tabacos de la disponibilidad de

almacenes, propios o contratados, que permitan el correcto almacenamiento, y en condiciones de seguridad, de los productos así como la fácil comprobación por la Administración de las labores almacenadas, su origen y sus movimientos.

Cuatro. Los mayoristas sólo podrán suministrar tabaco elaborado a los expendedores de tabaco y timbre y no podrán remunerar a éstos más que con la retribución establecida por esta ley. Los plazos de pago, y cualesquiera otras condiciones de crédito y distribución al expendedor, se establecerán libremente por el mayorista, previa comunicación al Comisionado, en los términos que reglamentariamente se señalen, y serán homogéneas para todo el territorio a que se refiere el artículo 1, apartado uno, de modo que se garantice la neutralidad del suministro.

Cinco. El mayorista suministrará los productos cuya distribución realice con regularidad y con garantía de cobertura de los suministros, en similares condiciones de servicio y plazos de entrega para todos los expendedores. Se entenderá por regularidad, a los efectos de este artículo, el suministro al menos con la periodicidad que se fije en las normas reglamentarias y, además, siempre que el pedido alcance el mínimo que aquéllas establezcan aunque no hubiera transcurrido el período máximo de suministro.

Seis. Los fabricantes, importadores y mayoristas no podrán financiar, directa o indirectamente, a las organizaciones representativas de los expendedores y de los autorizados para la venta con recargo. Cualquier acuerdo, con o sin contenido económico, relacionado con el tabaco o ajeno a él, deberá someterse a la aprobación del Comisionado, que resolverá en el plazo de un mes.

Artículo 4. Del comercio al por menor de labores de tabaco.

Uno. El comercio al por menor de labores de tabaco en España, con excepción de las Islas Canarias, se mantiene en régimen de monopolio del que es titular el Estado, que lo ejerce a través de la Red de Expendedurías de Tabaco y Timbre.

Dos. Los precios de venta al público de los distintos tipos, marcas y modalidades de tabaco destinados a ser comercializados en España, con excepción de las Islas Canarias, se determinarán por los fabricantes o, en su caso, sus representantes o mandatarios en la Unión Europea, en el caso de los producidos dentro de ella, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9, apartado 1, segundo párrafo, de la Directiva 95/59/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 1995. En el supuesto de los elaborados fuera de dicho territorio se determinarán por su importador. Los fabricantes e importadores pondrán los precios en conocimiento tanto del

Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria a los efectos prevenidos en la normativa reguladora de los Impuestos Especiales, como del Organismo autónomo Comisionado para el Mercado de Tabacos a efectos de su publicación, en el plazo máximo de un mes, en el «Boletín Oficial del Estado» para su publicidad y eficacia general.

Tres. Los expendedores de tabaco y timbre, que habrán de ser necesariamente personas físicas, nacionales de cualquiera de los Estados de la Unión Europea, se configuran como concesionarios del Estado. Los expendedores no podrán estar incursos, ni incurrir, en ninguna de las situaciones previstas en las letras a) y b), del apartado dos, del artículo 1 de esta Ley, no podrán ser titulares de otra expendedoría o de un punto de venta con recargo, ni podrán tener vinculación profesional o laboral con cualquiera de los importadores, fabricantes o mayoristas del mercado de tabaco, salvo que dicha vinculación finalice antes de la adjudicación definitiva de la expendedoría.

Cuatro. La concesión de expendedorías se adjudicará previa convocatoria de concurso sobre bases no discriminatorias, objetivas y transparentes, basadas principalmente en criterios comerciales, de salubridad, de rentabilidad, de servicio público, de distancias entre expendedorías y de población, por el Ministerio de Economía y Hacienda, al que corresponderá igualmente, en su caso, su revocación, previo informe en ambos supuestos del Comisionado para el Mercado de Tabacos.

La concesión tendrá una duración de veinticinco años. Vencido el plazo, se convocará concurso para nueva concesión de expendedoría en dicha área. En el nuevo concurso se valorarán de forma significativa los méritos del anterior concesionario y la calidad del servicio prestado, según desarrollo reglamentario. Hasta la nueva adjudicación, el anterior concesionario podrá seguir prestando el servicio previa autorización del Comisionado para el Mercado de Tabacos.

Dentro del plazo de concesión, las expendedorías pueden ser transmitidas a cualquier persona física que reúna los requisitos exigidos para ser concesionario, previa autorización del Comisionado para el Mercado de Tabacos.

No podrán solicitar la transmisión ni participar en concursos aquellos titulares de expendedorías que hayan sido sancionados por una infracción muy grave en los últimos cinco años, o dos graves, en los últimos tres años, siempre que sean firmes.

Cinco. No obstante lo previsto en el apartado cuatro anterior, corresponde al Comisionado para el Mercado de Tabacos otorgar autorizaciones de puntos de venta con recargo de labores de tabaco a personas o entidades en las condiciones que reglamentariamente se fijen, que deberán respetar los principios de publicidad y concurrencia y las limitaciones y prohibiciones que establece la legislación en materia de venta, suministro, consumo y publicidad de los productos del tabaco. Los titulares de autorización para la venta con recargo deberán abastecerse necesariamente a los precios de tarifa, en la expendeduría del término municipal o, en su caso, entidad local menor de que se trate, de entre las tres expendedurías más próximas al lugar cuyo servicio se pretende atender, tratándose de cigarros la elección podrá hacerse entre las tres expendedurías más próximas que dispongan de las instalaciones adecuadas para su conservación, con diversidad de vitolas, y que garanticen un suministro inmediato. La expendeduría asignada, seleccionada por el titular de dicha autorización, será comunicada al Comisionado para el Mercado de Tabacos y figurará en la autorización otorgada.

Seis. La concesión se instrumentará con arreglo a un pliego concesional que establecerá las condiciones del contrato, incluido el canon o prestación patrimonial de carácter público a satisfacer por el concesionario. El importe del canon, basado en criterios de población y de volumen de negocios, se determinará en las Leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado. Las bases del concurso, las cláusulas-tipo de los pliegos concesionales, las condiciones y requisitos para ser concesionario, los requisitos para la transmisión de la concesión, las causas de revocación de la misma, las obligaciones del expendedor y, en general, todo lo relativo al estatuto concesional serán objeto de desarrollo por vía reglamentaria.

Siete. Se fija en el 8,5 por 100 sobre el precio de venta al público el margen de los expendedores por sus ventas de labores de tabaco, que obligatoriamente habrán de ser adquiridas de alguno de los mayoristas autorizados, cualesquiera que sea el precio o clase de éstas, su origen o el comerciante mayorista que las suministre. No obstante lo anterior, la venta de cigarros, en todo caso, supondrá para el expendedor un margen del 9 por 100.

Ocho. Las expendedurías no podrán identificarse externamente con elementos propios logotipos o rótulos de ningún fabricante, marquista, o distribuidor concreto, o de cualquier otro operador en el mercado distinto de las propias expendedurías. Habrán de actuar con criterios eminentemente comerciales orientados a la mejor atención del servicio al público en cuanto a días y horario de apertura y cierre y a la suficiente y

adecuada localización geográfica de las expendedorías, con arreglo a lo que disponga el estatuto concesional y las normas reglamentarias.

Artículo 7. De las infracciones y sanciones.

Uno. Constituyen infracciones, a los efectos de esta Ley, los actos u omisiones de los sujetos que intervengan en el mercado de tabacos que supongan una vulneración sancionable del régimen jurídico de las actividades reguladas en la presente Ley.

Dos. La competencia para la instrucción de los expedientes de infracción y para la imposición de las sanciones correspondientes se regirá por las siguientes reglas:

a) La iniciación de los expedientes sancionadores se realizará, de oficio o a instancia de parte, por los servicios del Organismo autónomo Comisionado para el Mercado de Tabacos.

b) La instrucción de los expedientes corresponderá igualmente a los servicios del Comisionado, dándose previa audiencia al interesado antes de formular la propuesta de resolución que proceda.

c) La imposición de las correspondientes sanciones corresponderá al Presidente del Organismo autónomo Comisionado para el Mercado de Tabacos, excepto en los casos de sanciones por infracciones muy graves, en que será competente el Subsecretario de Economía.

Tres. 1. Constituyen infracciones muy graves:

a) El abandono por los expendedores de su actividad, la cesión de la expendedoría en forma ilegal, la aceptación de retribuciones no autorizadas legalmente, la venta a precios distintos de los fijados legalmente, el traslado del lugar de venta sin la debida autorización y la comisión de dos o más infracciones graves por el suministro o transporte por el expendedor a un punto de venta con recargo no asignado.

b) La aceptación de retribuciones no autorizadas o la venta a precios distintos de los establecidos en los puntos de venta con recargo.

c) El ofrecimiento por los fabricantes, importadores, marquistas y distribuidores mayoristas, por sí o mediante sus agentes o representantes o por terceros, a los expendedores, o a los puntos de venta con recargo, o la aceptación por estos dos últimos, de un margen, directo o indirecto, distinto al fijado por la Ley.

d) *El ofrecimiento por los fabricantes, importadores, marquistas o mayoristas, por sí o mediante sus agentes o representantes, a las organizaciones representativas de los expendedores o autorizados para la venta con recargo, de retribuciones, convenios o acuerdos, que pretendan influir en su obligada neutralidad.*

2. Constituyen infracciones graves:

a) *El incumplimiento por los expendedores de las obligaciones que en su estatuto concesional hagan referencia a los días y al horario de apertura del establecimiento, a la obligatoriedad de gestión personal directa y de residencia en el lugar, a la tenencia del nivel mínimo de existencias reclamado por el servicio público, la inobservancia de las condiciones de suministro a particulares y de suministro a los puntos de venta con recargo asignados, así como el transporte a un punto de venta con recargo no asignado.*

b) *La discriminación por los expendedores en vitrinas o escaparates de productos, marcas o fabricantes, así como la identificación externa mediante logotipos, rótulos o elementos identificativos de fabricantes, marquistas o distribuidores concretos y la publicidad en el exterior del establecimiento de sus marcas o productos.*

c) *La ausencia reiterada, en los puntos de venta con recargo, de existencias de las labores más demandadas, así como la identificación en el exterior del establecimiento en que se encuentre sito el punto de venta mediante logotipos, rótulos o elementos identificativos de fabricantes, marquistas o distribuidores y la publicidad en el exterior del establecimiento de sus marcas o productos.*

d) *El falseamiento o la falta de comunicación injustificada, dentro de los plazos que fije el Presidente del Comisionado para el Mercado de Tabacos, de los documentos, datos o informaciones que deban proporcionar los operadores para los fines propios del Comisionado, a tenor de lo establecido en el artículo 5, apartado diez, o de los proyectos de campañas y planes de publicidad a que se refiere el artículo 6, apartado dos, o de la documentación y presupuestos de las promociones realizadas, previstos en el artículo 5, apartado cuatro, letra c).*

e) *La negativa de los distribuidores mayoristas a suministrar labores de tabaco en los términos dispuestos en los apartados cuatro y cinco del artículo 3, salvo causa justificada. A estos efectos, se considera causa justificada, entre otras que pudieran acreditarse ante el Comisionado para el Mercado de Tabacos, la existencia reiterada de pagos pendientes al distribuidor, por importe superior a la media mensual*

del total de las ventas realizadas por el expendedor en el año inmediatamente anterior.

f) La resistencia, negativa u obstrucción a la acción inspectora del Comisionado para el Mercado de Tabacos respecto al cumplimiento por los sujetos intervinientes en el sector de las obligaciones que les impone la presente Ley.

g) La obtención o suministro de labores de tabaco por proveedores distintos de los autorizados cuando tales acciones no sean calificadas por los órganos competentes como delitos o infracciones de contrabando.

3. Constituyen infracciones leves:

a) El incumplimiento por los expendedores de las normas sobre atención al público establecidas en el Estatuto Concesional de la Red de Expendedurías de Tabaco y Timbre.

b) La ausencia de exhibición en sitio visible, por parte de los expendedores y de las personas o entidades autorizadas para la venta con recargo, de las tarifas oficiales de precios o de los documentos acreditativos de la concesión o la autorización.

c) Cualquier otra infracción del régimen jurídico de la actividad de venta al por menor tipificada en el Estatuto Concesional como actuación negligente en la prestación del servicio y no configurada como infracción muy grave o grave.

d) Cualquier otra infracción de lo previsto en esta Ley por cualquiera de los operadores en el mercado de tabacos no tipificada como infracción grave o muy grave.

e) Igualmente se considerará infracción de este carácter la venta de tabaco sin la debida autorización administrativa, cuando no constituya delito o infracción administrativa de contrabando según su legislación específica. Se entenderá también incluido en este supuesto el almacenamiento no autorizado de labores de tabaco con destino a su venta. Se presumirá que tal destino existe cuando las labores estuvieran situadas en un establecimiento mercantil abierto al público o de la actitud y conducta de su poseedor se dedujese patentemente el ofrecimiento al público para su venta.

Cuatro. Las infracciones a que se refiere esta Ley serán sancionadas en la forma siguiente:

a) *Las infracciones muy graves, con la revocación de la concesión a los expendedores y de la autorización a los puntos de venta con recargo, o con la extinción de la habilitación a los fabricantes, importadores o distribuidores mayoristas, o con multa entre 120.202,42 y 300.506,05 €, con la excepción establecida en la letra d) siguiente.*

b) *Las infracciones graves, con suspensión temporal del ejercicio de la concesión o de la autorización de venta con recargo, por plazo de hasta seis meses, o con multa desde 12.020,24 y hasta 120.202,42 €, con la salvedad establecida en la letra d) siguiente.*

c) *Las infracciones leves, con multa de hasta 12.020,24 €, con la excepción establecida en la letra d) siguiente.*

d) *En el caso de los establecimientos autorizados para la venta con recargo, las multas serán de hasta 601,01 €, entre 601,01 y hasta 3.005,06 €, o entre 3.005,06 y hasta 12.020,24 €, según se trate respectivamente de infracciones calificadas de leves, graves o muy graves.*

e) *Las infracciones a que se refiere la letra e) del apartado 3 del número tres del presente artículo se sancionarán con multa de hasta 3.005,06 €, respondiendo solidariamente, junto con el sujeto infractor, el titular del establecimiento en que la infracción se realizase si aquel fuese su empleado o dependiente o si se cometiese con su conocimiento.*

Cinco. Las sanciones económicas se graduarán atendiendo a la transcendencia económica y social de las infracciones cometidas al ánimo de prevalerse de ventajas competitivas frente a otro sujeto del sector, al lucro obtenido con la acción infractora y a la previa comisión de una o más infracciones a esta Ley.».

TERCERO.- Sobre la pretensión de nulidad del apartado uno del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, en relación con la prohibición a los expendedores de tabaco y timbre de poder realizar la actividad de importación de labores de tabaco.

La pretensión de que se declare la nulidad del apartado uno del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, en cuanto, al modificar el artículo 2 del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, mantiene como causa general de

incapacidad para poder ser operador en el mercado de tabacos y realizar las actividades de fabricación, importación o comercialización al por mayor ser titular de una expendeduría de tabaco y timbre, fundamentada en el argumento de que dicha prohibición es ajena a la función específica del monopolio y vulnera el artículo 28 del Tratado CE, debe ser estimada, en el sentido que se desprende de la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de abril de 2012 (C-456/10), que, resolviendo la cuestión prejudicial planteada por esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, declaró que es contrario al artículo 34 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 28 CE), que estipula que «quedan prohibidas entre los Estados miembros las restricciones a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente», una normativa nacional que tenga por objeto o produzca el efecto de tratar de impedir u obstaculizar el acceso libre de los productos legalmente fabricados y comercializados en un Estado miembro en otros Estados miembros, lo que determina que, en el supuesto contemplado en el presente proceso, deba considerarse contraria a dicha disposición del Tratado la medida adoptada en la legislación española que prohíbe a los minoristas de tabaco importar directamente labores de tabaco de otros Estados miembros, en cuanto les obliga a abastecerse de los mayoristas autorizados, pues les ocasiona diversos inconvenientes que no tendrían si pudieran llevar a cabo la importación ellos mismos, y obstaculiza el acceso al mercado nacional de esos productos.

Al respecto, cabe consignar que la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de abril de 2012, se fundamenta en los siguientes razonamientos jurídicos, que determinan el alcance de la obligación de los Estados miembros de garantizar la libre circulación de mercancías en el seno de la Unión Europea frente a aquellas normativas nacionales de carácter comercial que pueden obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el acceso libre de los productos legalmente fabricados y comercializados en cualesquiera de los Estados miembros a los mercados nacionales:

«[...] 38 A este respecto debe destacarse que, al prohibir a los minoristas de tabaco importar directamente dichos productos de otros Estados miembros, la citada normativa los obliga a abastecerse en los mayoristas autorizados. Este modo de abastecimiento puede ocasionar diversos inconvenientes a los que dichos minoristas no tendrían que hacer frente si llevaran a cabo la importación ellos mismos.»

39 *En particular, los mencionados minoristas sólo pueden comercializar una labor de tabaco proveniente de otro Estado miembro si dicho producto está incluido en la gama de productos ofrecida por los mayoristas autorizados en España y si éstos lo tienen en stock. De ese modo, cuando la gama de productos de los mayoristas no incluye un producto en concreto, los minoristas de tabaco no tienen ninguna posibilidad directa, flexible y rápida de responder a la demanda de sus propios clientes interesados en ese producto.*

40 *Esta afirmación no resulta invalidada en absoluto por la obligación impuesta a los importadores de garantizar la disponibilidad de las labores de tabaco en todo el territorio nacional siempre que exista demanda de dichos productos, como prevé la legislación nacional. En efecto, los citados importadores pueden decidir no importar determinados productos demandados por un número de interesados que consideren demasiado reducido o importarlos con retraso. En cambio, es indudable que cualquier minorista de tabaco sería capaz de reaccionar de una manera más flexible y rápida que los importadores a las demandas de los clientes con los que mantiene un contacto directo y frecuente.*

41 *Además, se impide a los minoristas de tabaco abastecerse en los demás Estados miembros aunque los fabricantes o los mayoristas que se hallen establecidos en éstos puedan ofrecer condiciones de abastecimiento más ventajosas, especialmente en las zonas fronterizas, ya sea debido a la proximidad geográfica ya gracias a las modalidades de entrega específicas que ofrecen.*

42 *Todos estos factores pueden repercutir negativamente en la selección de los productos que los minoristas de tabaco incluyen en sus gamas de productos y, en definitiva, en el acceso al mercado español de diferentes productos provenientes de otros Estados miembros.*

43 *En estas circunstancias, procede declarar que la prohibición controvertida en el litigio principal obstaculiza el acceso al mercado de esos productos.»*

En este sentido, cabe significar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la sentencia de 14 de diciembre de 1995 (C-387/93), había establecido que una legislación nacional que reserva la venta al por menor de labores de tabaco a distribuidores autorizados por el poder público no es contraria al Derecho Comunitario siempre que el Estado no intervenga en las decisiones de abastecimiento de los minoristas:

«[...] 27 En efecto, como el Tribunal de Justicia afirmó en sus sentencias de 3 de febrero de 1976, *Manghera y otros* (59/75, Rec. p. 91); de 13 de marzo de 1979, *Hansen* (91/78, Rec. p. 935), y de 7 de junio de 1983, *Comisión/Italia* (78/82, Rec. p. 1955), el artículo 37 del Tratado no exige la supresión total de los monopolios nacionales de carácter comercial, sino únicamente su adecuación, de tal manera que quede asegurada la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado. Tanto del texto del artículo 37 como del lugar en que se encuentra en el sistema del Tratado resulta que este artículo tiene la finalidad de garantizar la observancia de la norma fundamental de la libre circulación de mercancías en todo el mercado común, especialmente, mediante la supresión de las restricciones cuantitativas y de las medidas de efecto equivalente en los intercambios entre los Estados miembros y de mantener de este modo unas condiciones normales de competencia entre las economías de los Estados miembros cuando, en uno u otro de dichos Estados, determinado producto esté sujeto a un monopolio nacional de carácter comercial.

28 En primer lugar, debe recordarse que las cuestiones del Juez nacional se refieren sólo incidentalmente a la producción y a la importación de labores del tabaco en Italia.

29 En segundo lugar, el artículo 37 no es aplicable a aquellas disposiciones nacionales que no afectan al ejercicio de su derecho de exclusividad por parte de un monopolio público, sino que regulan de modo general la producción y la comercialización de mercancías, con independencia de que estén comprendidas o no en el monopolio de que se trata (sentencia de 20 de febrero de 1979, *Rewe-Zentral*, «*Cassis de Dijon*», 120/78, Rec. p. 649, apartado 7). Precisamente, en un sistema de distribución como el contemplado en las cuestiones prejudiciales, sólo podría ser de otro modo si resultara que las disposiciones controvertidas permiten a las autoridades italianas intervenir en las decisiones de abastecimiento de los minoristas.

[...]

31 Procede, pues, responder a la primera parte de la primera cuestión que el artículo 37 del Tratado carece de pertinencia respecto a una legislación nacional, como la italiana, que reserva la venta al por menor de labores del tabaco a distribuidores autorizados por el poder público, siempre que éste no intervenga en las decisiones de abastecimiento de los minoristas.» .

El Tribunal de Justicia, en la referida sentencia de 26 de abril de 2012, rechaza expresamente las alegaciones formuladas por el Gobierno español en el marco del procedimiento prejudicial, respecto de que la prohibición controvertida de impedir a los expendedores de tabaco importar labores de fabricación pueda justificarse por la necesidad de garantizar un control fiscal y aduanero de las labores de tabaco y asegurar su control sanitario, o para alcanzar objetivos relacionados con la protección de los consumidores, en aras de evitar que el titular de la expendedoría privilegie a determinados productos frente a otros que supondría introducir ventajas competitivas excesivas en favor de los minoristas de tabaco, en los siguientes términos:

«[...] 50 *En lo que respecta, en primer lugar, a la alegación de los Gobiernos español e italiano basada en la necesidad de garantizar un control fiscal, aduanero y sanitario de las labores de tabaco, recuérdese que corresponde a las autoridades nacionales, al adoptar una medida que supone una excepción a un principio reconocido por el Derecho de la Unión, probar, en cada caso, que dicha medida es adecuada para garantizar la consecución del objetivo invocado y que no excede de lo necesario para alcanzarlo. Por tanto, las razones justificativas que puede invocar un Estado miembro deben ir acompañadas de un examen de la idoneidad y de la proporcionalidad de la medida adoptada por dicho Estado y de datos precisos en los que pueda sustentarse su alegación (véanse las sentencias de 18 de marzo de 2004, Leichtle, C-8/02, Rec. p. I-2641, apartado 45, y de 13 de abril de 2010, Bressol y otros, C-73/08, Rec. p. I-2735, apartado 71).*

51 *Pues bien, los Gobiernos español e italiano no sustentan su alegación en ningún dato que reúna los requisitos precisados en el apartado anterior. En particular, no explican en qué medida la posibilidad de que los minoristas de tabaco importen ellos mismos labores de tabaco obstaculizaría la aplicación de las medidas de control fiscal, aduanero y sanitario a dichos productos.*

52 *Procede desestimar asimismo la alegación basada en la protección de los consumidores. Aun suponiendo que la exigencia de garantizar en términos generales una gama de productos uniforme constituya un objetivo legítimo de interés general que merezca ser perseguido mediante normas jurídicas, y no mediante las leyes del mercado, el respeto de dicha exigencia podría alcanzarse, en cualquier caso, a través de medidas menos restrictivas, como la imposición de una obligación a los minoristas de tabaco de tener en stock una gama de productos mínima predefinida.*

53 *Seguidamente, el Gobierno español no puede sostener que la restricción examinada puede justificarse porque la posibilidad de importar labores de tabaco daría lugar a una ventaja competitiva excesiva favorable a los minoristas de tabaco. En efecto, esta consideración es de índole puramente económica. Según reiterada jurisprudencia, los motivos de carácter meramente económico no pueden constituir razones imperiosas de interés general capaces de justificar una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado (véanse las sentencias de 13 de enero de 2000, TK-Heimdienst, C-254/98, Rec. p. I-151, apartado 33, y de 17 de marzo de 2005, Kranemann, C-109/04, Rec. p. I-2421, apartado 34).*

54 *Por último, procede desestimar la alegación del Gobierno español según la cual la eliminación de una restricción a la libre circulación de mercancías únicamente puede justificarse si con ella se consigue una ventaja para los consumidores. A este respecto basta destacar que, en este caso, la eliminación de la prohibición controvertida en el litigio principal puede beneficiar a los consumidores, al permitir a los minoristas de tabaco ampliar la gama de productos de que disponen.*

55 *Habida cuenta de las consideraciones que preceden, ha de declararse que la restricción derivada de la normativa controvertida en el litigio principal no está justificada por la consecución de los objetivos invocados.»*

La declaración de nulidad del apartado uno del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, en cuanto mantiene la prescripción del artículo 2.uno c) del Real Decreto 1199/1999, que prohíbe a los expendedores de tabaco y timbre desarrollar directamente la actividad de importación de labores de tabaco fabricados y comercializados en otros Estados miembros de la Unión Europea, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, obliga al titular de la potestad reglamentaria a adaptar la regulación de las causas generales de incapacidad para ser operador y los preceptos reglamentarios conexos, de modo que no se inhabilite al titular de una expendedoría de tabaco y timbre para poder importar labores de tabaco fabricados o comercializados en Estados de la Unión Europea, con el fin de garantizar el acceso libre al mercado nacional.

CUARTO.- Sobre la pretensión de nulidad del apartado dos del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, en relación con la

prohibición a los expendedores de tabaco y timbre para poder realizar la actividad de distribución al por mayor de labores de tabaco.

La pretensión anulatoria del apartado dos del artículo primero del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, que procede a modificar el artículo 5 del Real Decreto 1199/1999, que regula el régimen jurídico del Comercio mayorista de labores de tabaco, ha perdido sobrevenidamente su objeto, en cuanto dicha disposición reglamentaria ha sido modificada por el artículo 5 del Real Decreto 36/2010, de 15 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, y se regula el estatuto concesional de la red de expendedorías de tabaco y timbre, que estipula -frente al anterior régimen de otorgamiento de licencia exigida para la comercialización o distribución mayorista de labores de tabaco-, que la habilitación para realizar esta actividad comercial requiere la presentación de una declaración responsable ante el Comisionado para el Mercado de Tabacos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, tras su reforma por el artículo 43.2 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

En todo caso, cabe significar que del contenido específico del apartado dos del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, no se desprende, como sugiere la defensa letrada de la Asociación recurrente, la prohibición de que los expendedores de tabaco y timbre desarrollen la actividad de distribución mayorista de labores de tabaco, en contradicción -según se aduce-, con lo dispuesto en el artículo 28 TCE. Esta prescripción se deriva de la regulación del estatuto concesional de las expendedorías de tabaco y timbre establecida en el artículo 4 de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, que mantiene el comercio al por menor de labores de tabaco en España en régimen de monopolio, y que estipula que los expendedores de tabaco y timbre no pueden tener vinculación profesional o laboral con cualquiera de los importadores, fabricantes o mayoristas del mercado de tabaco, que es objeto de desarrollo en el artículo 26.1 e) del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, y cuya interpretación debe realizarse conforme a lo dispuesto en el precedente fundamento jurídico.

Al respecto, cabe recordar que el principio de interpretación de la normativa nacional conforme al Derecho Comunitario, que constituye un principio básico del Derecho de la Unión Europea, fundamentado en la primacía y el efecto directo que determinan su aplicabilidad incondicionada, obliga a los Estados miembros a adaptar y armonizar, en su caso, lealmente la legislación interna, con el fin de evitar que los particulares deban cumplir exigencias en relación con el ejercicio de actividades, que se revelan contrarias o incompatibles con el ordenamiento jurídico comunitario, e impedir que sean inducidos a error sobre el estado del Derecho aplicable en relaciones jurídicas sometidas al Derecho Comunitario.

Según la doctrina jurisprudencial consolidada del Tribunal de Justicia, un Estado miembro no puede hacer prevalecer la normativa nacional, de modo que ponga en cuestión el valor de preeminencia del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

La exigencia establecida en el artículo 5 del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, a que alude el apartado dos del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, respecto de la obligación impuesta al distribuidor mayorista de labores de tabaco de disponer de capacidad de almacenamiento de dichos productos, en los términos formulados, no entendemos que sea contrario al artículo 28 TCE, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia expuesta en las sentencias de 14 de diciembre de 1995 (C-387/93) y de 23 de octubre de 1997 (C-189/95), en cuanto no puede considerarse que constituya una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, ya que el ejercicio de esa actividad no está sometido a un régimen autorizatorio de licencia en que se impongan requisitos que supongan un obstáculo exorbitante a la distribución de labores de tabaco, teniendo en cuenta que su finalidad es permitir al Comisionado para el Mercado de Tabacos comprobar la conservación en condiciones de seguridad de los productos, su origen y procedencia, a efectos finales y actuaciones, que se revela proporcionada en razón de prevenir las infracciones de contrabando, y que no tiene efectos discriminatorios ni produce ventajas competitivas en favor de unos determinados operadores del mercado de la distribución.

QUINTO.- Sobre la pretensión de nulidad de los apartados siete y ocho del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, en relación con las obligaciones de abastecimiento exigidas a fabricantes e importadores.

La pretensión de anulación de los apartados siete y ocho del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, que dan nueva redacción a los artículos 13.3 y 15.3 del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, fundada en que dichas disposiciones introducen mayores obstáculos a las actividades de fabricación e importación contrarias al artículo 28 TCE, debe rechazarse, pues del contenido de estos preceptos observamos que se limitan a exigir a los fabricantes e importadores de labores de tabaco garantizar que sus productos lleguen al ámbito territorial a que se refiere el artículo 1, apartado uno, de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, siempre que exista demanda de los mismos, que se corresponde con lo dispuesto expresamente en el artículo 2.tres de la Ley 13/1998,, tras su modificación por el artículo 42.1 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, sin que la defensa letrada de la parte actora justifique en que medida resultan incompatibles con la libre circulación de mercancías en el seno de la Unión Europea que garantiza la disposición comunitaria invocada, o pudieran ser perjudiciales para los intereses de los consumidores.

SEXTO.- Sobre la pretensión de nulidad de los apartados cinco y seis del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, en relación con las limitaciones impuestas a los expendedores de tabaco y timbre de realizar actividades de publicidad y promoción de los productos del tabaco.

La pretensión de que se declare la nulidad de los apartados cinco y seis del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, que procede a modificar el artículo 10, apartado dos y el artículo 11, apartado uno del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, fundamentada en que la prohibición establecida en dichas disposiciones, respecto que la promoción de marcas o productos del

tabaco en las expendedorías sea retribuida, no puede prosperar, puesto que consideramos que dicha restricción está justificada por las características singulares de la regulación del comercio al por menor de labores de tabaco en régimen de monopolio, ya que, según se establece en el artículo 4 de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, los precios de venta al público de los distintos tipos, marcas y modalidades de tabaco se determinan por los fabricantes o los importadores y los expendedores tienen fijado por Ley el margen comercial que perciben por la venta de labores de tabaco.

Al respecto, cabe poner de relieve que el comercio al por menor de labores de tabaco está regulado por «el principio de neutralidad de la red minorista», lo que justifica que se prohíba la retribución de las actividades promocionales de labores de tabaco, que puede derivar en una incentivación de su consumo.

En este sentido, cabe consignar que el artículo 3, apartado seis, de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, establece que «los fabricantes, importadores y mayoristas no podrán financiar, directa o indirectamente, a las organizaciones representativas de los expendedores y de los autorizados para la venta con recargo. Cualquier acuerdo, con o sin contenido económico, relacionado con el tabaco o ajeno a él, deberá someterse a la aprobación del Comisionado, que resolverá en el plazo de un mes».

Y el artículo 4, apartado ocho, de la referida Ley 13/1998, de 4 de mayo, estipula que «las expendedorías no podrán identificarse externamente con elementos propios logotipos o rótulos de ningún fabricante, marquista, o distribuidor concreto, o de cualquier otro operador en el mercado distinto de las propias expendedorías. Habrán de actuar con criterios eminentemente comerciales orientados a la mejor atención del servicio al público en cuanto a días y horario de apertura y cierre y a la suficiente y adecuada localización geográfica de las expendedorías, con arreglo a lo que disponga el estatuto concesional y las normas reglamentarias».

SÉPTIMO.- Sobre la pretensión de nulidad del apartado diecisiete del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, en relación con la

prohibición impuesta a los expendedores de tabaco y timbre de tener vinculación profesional o laboral con importadores, fabricantes y mayoristas de tabaco.

La pretensión de que se declare la nulidad del apartado diecisiete del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, que procede a modificar el párrafo primero del número dos del artículo 26 del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, en la medida en que determina la revocación de la concesión si concurre la circunstancia inhabilitante de «tener vinculación profesional o laboral con cualquiera de los importadores, fabricantes o mayoristas de tabaco», prevista en el precedente apartado uno d) del artículo 26 del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, basada en los argumentos expuestos en relación con la impugnación del apartado uno del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, por infringir el artículo 29 TCE, debe estimarse, en el sentido en que nos hemos pronunciado en el tercer fundamento jurídico de esta sentencia, con el objeto de hacer conciliable esta disposición reglamentaria con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea expuesta en la sentencia de 26 de abril de 2012.

OCTAVO.- Sobre la pretensión de nulidad de los apartados veintitrés y veintiocho del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, en relación con la regulación de los puntos de venta con recargo de productos del tabaco.

La pretensión de que se declare la nulidad de los apartados veintitrés y veintiocho del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, que proceden a modificar los apartados dos y cuatro del artículo 37 y el apartado dos del artículo 42 del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, entre otras disposiciones, que se fundamenta en que las obligaciones impuestas al titular de un establecimiento mercantil autorizado para la venta con recargo de labores de tabaco, respecto del abastecimiento de dichos productos al deberlo hacer necesariamente en el término municipal, desborda «la función específica» asignada al monopolio en fase de minorista, no puede prosperar, pues consideramos que esta regulación limitativa de la actividad comercial de los titulares autorizados para la venta con recargo se corresponde con lo dispuesto en el apartado único del artículo 4 de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, modificado

por el artículo 19 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad, que configura esta modalidad de venta de productos de tabaco en el marco del comercio al por menor de labores de tabaco, sometiéndoles a un estatuto singularizado de límites y prohibiciones para salvaguardar los principios de neutralidad y libre competencia, en los siguientes términos:

«Cinco. No obstante lo previsto en el apartado cuatro anterior, corresponde al Comisionado para el Mercado de Tabacos otorgar autorizaciones de puntos de venta con recargo de labores de tabaco a personas o entidades en las condiciones que reglamentariamente se fijen, que deberán respetar los principios de publicidad y concurrencia y las limitaciones y prohibiciones que establece la legislación en materia de venta, suministro, consumo y publicidad de los productos del tabaco. Los titulares de autorización para la venta con recargo deberán abastecerse necesariamente a los precios de tarifa, en la expendeduría del término municipal o, en su caso, entidad local menor de que se trate, de entre las tres expendedurías más próximas al lugar cuyo servicio se pretende atender, tratándose de cigarros la elección podrá hacerse entre las tres expendedurías más próximas que dispongan de las instalaciones adecuadas para su conservación, con diversidad de vitolas, y que garanticen un suministro inmediato. La expendeduría asignada, seleccionada por el titular de dicha autorización, será comunicada al Comisionado para el Mercado de Tabacos y figurará en la autorización otorgada.»

Al respecto, cabe significar que esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo no estima procedente el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional para que resuelva si la imposición a los titulares de los puntos de venta con recargo de adquirir labores de tabaco de las tres expendedurías más cercanas vulnera los artículos 38 y 128 de la Constitución, en cuanto se revela que esa restricción a la libertad de elección de proveedor es proporcionada para preservar intereses de carácter público, para facilitar el control por razones fiscales de la venta de esta clase de productos y no es incongruente con la concepción del monopolio de distribución minorista de labores de tabaco, que reviste el carácter de servicio público.

En este sentido, cabe recordar que en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2001 (RCA

387/1999), rechazamos la ilegalidad de las disposiciones relativas al abastecimiento de los puntos de venta con recargo, por considerar que no eran contrarias a la libertad de empresa, en los siguientes términos:

«[...] Basta la simple lectura del artículo 4.4 y 8 de la Ley 13/1998, en cuanto establece que : " *Cuatro.- La concesión de expendedorías se adjudicará previa convocatoria de concurso sobre bases no discriminatorias, objetivas y transparentes, basadas principalmente en criterios comerciales, de rentabilidad, de servicio público, de sanidad, de distancias entre expendedorías y de población, por el Ministerio de Economía y Hacienda, al que corresponderá igualmente, en su caso su revocación, previo informe en ambos supuestos del Comisionado para el Mercado de Tabacos.- [...] Ocho. -Las expendedorías no podrán identificarse externamente con elementos propios logotipos o rótulos de ningún fabricante, marquista, o distribuidor concreto, o de cualquier otro operador en el mercado distinto de las propias expendedorías. Habrán de actuar con criterios eminentemente comerciales orientados a la mejor atención del servicio al público en cuanto a días y horario de apertura y cierre y a la suficiente y adecuada localización geográfica de las expendedorías, con arreglo a lo que disponga el estatuto concesional y las normas reglamentarias*", para comprender que el Real Decreto 1199/1999 en su artículo 35.2 se ciñe estrictamente a la Ley.

[...]

Como tampoco lo constituye el temor de la parte recurrente a los mayores o menores problemas que pueda ocasionar el control de la discrecionalidad, que entiende se consagra en el artículo 42.2 y 3 del tan citado Real Decreto, cuando el apartado 2 responde a lo dispuesto en el artículo 4.5 de la Ley 13/1998, ya transcrito, del que el reglamentario es estricto desarrollo y, en su apartado 3, no es más que consecuencia de la venta de un producto estancado, cuyo adecuado control compete a quien es titular del monopolio y que, como la propia parte no deja de reconocer, también trata de evitar situaciones de acaparamiento, (apartado 5 del propio precepto).».

NOVENO.- Sobre la pretensión de nulidad del apartado treinta del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, en relación con la transmisión inter vivos de la titularidad de una expendedoría de tabaco y timbre.

La pretensión de nulidad del apartado treinta del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, en el extremo que procede a modificar el apartado uno del artículo 46 del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, fundamentada en que proscribire el ejercicio del derecho de transmisión «inter vivos» de la titularidad de la expendedoría cuando «estuviere incurso en un procedimiento sancionador» por infringir la normativa regulatoria del estatuto comercial, debe prosperar, en cuanto consideramos que el Consejo de Ministros ha incurrido en extralimitación reglamentaria, en la medida en que dicha circunstancia no estaba prevista en el artículo 4, apartado cuarto, de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, que, en su redacción modificada por el artículo 19 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, prescribe que «no podrán solicitar la transmisión» «aquellos titulares de expendedorías que hayan sido sancionados por una infracción muy grave en los últimos cinco años, o dos graves, en los últimos tres años, siempre que sean firmes».

DÉCIMO.- Sobre la pretensión de nulidad del apartado treinta y no del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, en relación con la tipificación como infracción muy grave la comisión de dos o mas infracciones graves referidas al incumplimiento de las obligaciones impuestas a los puntos de venta con recargo.

La pretensión de que se declare la nulidad del apartado treinta y no del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, que da nueva redacción al apartado 5 del artículo 56 del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, que tipifica como infracción muy grave la «comisión de dos o más infracciones graves por suministro o transporte por el expendedor a un punto de venta con recargo no asignado» fundamentada en la vulneración del principio «non bis in idem» garantizado en el artículo 25 de la Constitución, no puede ser acogida, puesto que consideramos que tal disposición, que reproduce literalmente el texto in fine del artículo 7.tres.1 a) de la Ley 13/1998, tras su modificación por el artículo 20 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, no contempla un supuesto de duplicidad de sanciones por unos mismos hechos, que resulte incompatible con el principio constitucional de legalidad de las infracciones y sanciones administrativas, ya que se configura este tipo infractor de forma autónoma, para permitir sancionar aquellas conductas de incumplimiento de las obligaciones impuestas al

expendedor de labores de tabaco respecto de la provisión a los establecimientos autorizados para la venta con recargo, cuando, por su reiteración, requieren de un mayor reproche que la infracción considerada como grave en el artículo 2 de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, y en el artículo 57.5 e) del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio.

Al respecto, cabe significar que, según una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, que se inicia en la sentencia 2/1981, de 30 de enero, el principio non bis in idem, que ha de entenderse implícitamente reconocido en el artículo 25 de la Constitución, vinculado a los principios de legalidad y tipicidad de los delitos y las infracciones administrativas, supone, en una de sus mas conocidas manifestaciones, que no puede recaer duplicidad de penas o sanciones en los supuestos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y condiciones objetivas de punibilidad del tipo delictivo o infractor.

En la sentencia del Tribunal Constitucional 270/1994, de 17 de octubre, en relación con el significado del principio de legalidad de infracciones y sanciones administrativas, se refiere que «a la luz de la Constitución habría por consiguiente que expulsar del ordenamiento jurídico todo supuesto de sanción penal o administrativa que viniera fundamentada no en la realización de una determinada conducta prohibida, claramente determinada o cuando menos determinable, sino en la presencia de una cierta "tipología de autor"», reafirmando que los órganos administrativos y judiciales incurrirán en una infracción del principio non bis in idem, reconocido en el artículo 25.1 de la Constitución, cuando impongan o confirmen sanciones que no tengan como base hechos distintos respecto de los que había motivado la imposición de la sanción originaria.

Por ello, rechazamos la petición formulada en el suplico del escrito procesal de demanda de que se plantee ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad sobre la compatibilidad del artículo 7.tres.1 a) de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, con el artículo 25 de la Constitución, en la medida en que entendemos que en la interpretación de esta disposición que sostenemos no se vulnera el principio «non bis in idem».

UNDÉCIMO.- Sobre la pretensión de nulidad del apartado treinta y dos del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, en relación con la tipificación como infracción grave la venta a distancia o por medios telemáticos o mediante exportación.

La pretensión de que se declare la nulidad del apartado treinta y dos del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, que procede a dar nueva redacción a la letra e) del punto 5 del artículo 57 del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, a cuyo tenor constituye infracción grave, entre otros supuestos, «la realización de actividades comerciales que excedan del ámbito propio de la concesión como la venta a distancia o por medios telemáticos o mediante exportación o a otras expendedorías», fundamentada en la vulneración del artículo 29 del Tratado de las Comunidades Europeas, por cuanto da cobertura jurídica, según se aduce, a la prohibición de venta a distancia o por medios telemáticos, o mediante exportación, que supone una restricción a la exportación de labores a otros Estados miembros de la Unión Europea, debe ser estimada, en el sentido de declarar que no cabe la aplicación de esta infracción para sancionar aquellas acciones imputables al titular de la expendedoría de tabaco de venta o exportación de labores de tabaco a ciudadanos de la Unión Europea, en cuanto suponga una restricción a la comercialización de esta clase de productos en los Estados de la Unión Europea.

A estos efectos, cabe tener en cuenta que, según se desprende mutatis mutandis de la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2007 (C-170/04), una disposición nacional por la que se prohíbe a los particulares la importación de determinados productos que forman parte del funcionamiento del monopolio de venta al por menor constituye una restricción cuantitativa a la importación a los efectos del artículo 28 CE, que no puede ser justificada por razones de protección de la salud, al no ser adecuada para lograr el objetivo de limitar de manera general el consumo de tabaco y no ser proporcionada para lograr el objetivo de proteger a los más jóvenes frente a los perjuicios de dicho consumo.

DUODÉCIMO.- Sobre la pretensión de anulación de la disposición adicional segunda del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, en relación con la conversión a euros de los importes de las sanciones.

La pretensión de que se declare la nulidad de la disposición adicional segunda del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, que procede a la conversión a euros de los importes fijados en pesetas en el Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, y Regula el estatuto concesional de la red de expendedorías de tabaco y timbre, fundamentada en la vulneración del principio de proporcionalidad, por cuanto -según se aduce- impone a los expendedores un régimen sancionador absolutamente desproporcionado en razón de las «enormes cuantías que establece de las sanciones», que resultarían incompatibles con el derecho de propiedad, la dignidad de la persona y la misma idea de justicia, en relación con lo dispuesto en los artículos 1.1, 10 y 33 de la Constitución, debe ser rechazada, por carecer manifiestamente de fundamento el reproche que se formula a dicha disposición, en relación con su contenido, que no innova el régimen jurídico sancionador aplicable a los expendedores de labores de tabacos, pues está destinada a informar de las equivalencias de pesetas a euros de las cuantías de las sanciones previstas por la Ley 13/1998, de 4 de mayo, y por el Real Decreto 1199/1999, una vez que ha entrado en vigor la moneda única.

En consecuencia con lo razonado, procede estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EXPENDEDORES DE TABACO Y TIMBRE [ANETT] (EMPRESARIOS Y COMERCIANTES DEL TABACO [ECOT]) contra el Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, y se regula el Estatuto concesional de la red de expendedorías de tabaco y timbre, en los términos fundamentados.

DECIMOTERCERO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso contencioso-administrativo.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

F A L L A M O S

Primero.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EXPENDEDORES DE TABACO Y TIMBRE [ANETT] (EMPRESARIOS Y COMERCIANTES DEL TABACO [ECOT]) contra el Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, y se regula el Estatuto concesional de la red de expendedorías de tabaco y timbre, declarando la nulidad de los apartados uno, diecisiete, treinta y treinta y dos de su artículo único, con la extensión y alcance determinados en los fundamentos jurídicos tercero, séptimo, noveno y undécimo expuestos.

Segundo.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales ocasionadas en el presente recurso contencioso-administrativo.

Tercero.- Ordenamos la publicación de este fallo en el Boletín Oficial del Estado.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgado lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Pedro José Yagüe Gil.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Edurado Espín Templado.- José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.- María Isabel Perelló Doménech.- Rubricados.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Aurelia Lorente Lamarca.- Firmado.