

# LA ADAPTACION DEL MONOPOLIO ESPAÑOL DE PETROLEOS A LAS EXIGENCIAS DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

por Gil Carlos RODRIGUEZ IGLESIAS (\*) (\*\*)

INTRODUCCION.—I. EL REGIMEN JURIDICO COMUNITARIO DE LOS MONOPOLIOS DE ESTADO.—1. Condiciones de aplicación del régimen especial de los «monopolios nacionales de carácter comercial».—2. Significación del régimen especial durante el período de transición y después de su expiración.—3. El resultado del proceso de transformación de los monopolios de Estado.—II. LA APLICACION DEL REGIMEN COMUNITARIO AL MONOPOLIO ESPAÑOL DE PETROLEOS.—1. Descripción del monopolio de petróleo.—2. Calificación jurídico comunitaria del monopolio de petróleo.—3. Referencia al régimen francés de importación de productos petrolíferos.—4. Consideraciones finales.

## INTRODUCCION

La finalidad de este estudio es contribuir, desde una perspectiva jurídica, a la solución de uno de los muchos problemas que plantea la prevista integración

(\*) Profesor Adjunto de Derecho internacional público en la Universidad Complutense de Madrid. Secretario de la *Revista*.

(\*\*) Este estudio es resultado de una reelaboración substancial de la potencia presentada en el coloquio hispano-francés sobre la adhesión de España a las Comunidades europeas organizado por el Centro de Estudios Constitucionales en Madrid, los días 20, 21 y 22 de marzo de 1980. A fin de conocer más directamente los problemas planteados y los intereses afectados, he tenido una serie de entrevistas con personas de distintos medios —Comisión de las Comunidades europeas, Administración española, CAMPSA, ENPETROL—, a todas las cuales agradezco muy sinceramente el tiempo que me han dedicado y las observaciones que me han transmitido, que naturalmente no afectan a mi exclusiva responsabilidad por las opiniones expresadas. Debo dejar constancia de mi reconocimiento a la Comisión de las Comunidades europeas, que financió mi viaje a Bruselas para trabajar en su sede durante varios días, y de mi especial gratitud al Profesor Heinrich MATTHIES, consejero jurídico principal de la Comisión, que no sólo me ayudó con sus valiosas indicaciones, sino que además tuvo la amabilidad de prepararme entrevistas con sus colegas del Servicio Jurídico de la Comisión. Por otra parte, he de manifestar mi agradecimiento a la señorita Concepción SAEZ, jefa de la sección de documentación científica del Centro de Estudios Constitucionales, y a sus colaboradores por la ayuda que me han prestado en la localización de distintos materiales.

Las abreviaturas utilizadas corresponden a las de la sección *Revista de revistas*, o bien son generalmente conocidas.

de España en la Comunidad Europea: la adaptación del monopolio de petróleos a las exigencias del Derecho comunitario (1).

Se trata de un problema que admite diversas soluciones, pues si bien es cierto que la incorporación a la Comunidad implica la aceptación incondicional del acervo comunitario, sin que quepa negociar el contenido de las reglas establecidas, sino sólo el momento de su plena aplicación a través de las disposiciones transitorias oportunas (2), no lo es menos que, en relación con los monopolios de Estado, las propias normas comunitarias otorgan a los Estados miembros un cierto margen de discrecionalidad en orden a la determinación de las modalidades más adecuadas para lograr equilibrio óptimo entre el interés nacional y el interés comunitario.

No pretendo brindar la solución del problema, sino precisar el marco jurídico comunitario dentro del cual han de situarse las decisiones, eminentemente políticas, que corresponde adoptar a nuestros poderes públicos en relación con el futuro del monopolio de petróleos (3).

A tal efecto trataré, en primer lugar, de sintetizar los principales rasgos del régimen que para los monopolios de Estado establece el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (4), para examinar después los problemas de su aplicación concreta al monopolio español.

---

(1) Este monopolio y el de tabacos son, sin duda, los más significativos y los únicos expresamente mencionados en el Dictamen de la Comisión de las Comunidades europeas al Consejo, relativo a la solicitud de adhesión de España (punto 152 del Dictamen, cuyo texto íntegro en castellano ha sido publicado en esta *Revista*, vol. 6 (1979), núm. 1, pp. 355-436). En el referido Dictamen se indica, no obstante, en nota a pie de página que «por otra parte, una serie de productos agrícolas están sometidos al régimen de comercio de Estado», pero tales productos «serán sometidos simultáneamente a las disposiciones dictadas en el seno de las organizaciones comunes de los mercados agrícolas» (punto 154 del Dictamen), por lo que la problemática que plantean difiere en gran medida de la de los clásicos monopolios de Estado. Por otra parte, me parece importante precisar que las Indicaciones del Dictamen en ningún modo excluyen la posibilidad de que otros organismos existentes en España con incidencia sobre las importaciones o exportaciones de determinados productos puedan ser eventualmente calificados como «monopolios nacionales de carácter comercial» en el sentido que esta expresión tiene en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

En el presente estudio me limito al examen de uno de los dos grandes monopolios españoles porque, si bien el régimen jurídico comunitario es el mismo, su aplicación se diversifica en función de las características de cada monopolio concreto.

(2) Vid. C. WESTENDORP Y CABEZA: «Las ampliaciones de las Comunidades europeas como experiencia», *DA*, núm. 185 (enero-marzo 1980), pp. 295 y ss. Sobre el desarrollo de las negociaciones dirigidas a la incorporación de España, vid. E. GONZALEZ SANCHEZ: «La adhesión de España a las Comunidades europeas: estado actual de las negociaciones», en esta *Revista*, vol. 7 (1980), número 3, pp. 1029 y ss.

(3) Al margen de la perspectiva de la adhesión de España a la Comunidad Europea, el Plan Energético Nacional hace referencia a la reestructuración de la intervención pública en el sector de hidrocarburos «conservando el Monopolio de Petróleos del Estado» (vid. *BOC*, 4 de octubre de 1978, número 155, pp. 3387 y s. y 3391).

(4) Para un examen más extenso me permito remitir a mi obra *El régimen jurídico de los monopolios de Estado en la Comunidad Económica Europea*, Madrid, 1976, y a la bibliografía allí citada. Vid., además, R. C. BERAUD: «L'aménagement des monopoles nationaux prévu à l'article 37 du traité CEE à la lumière des récents développements jurisprudentiels», *RTDE*, 1979, pp. 573 y ss.; D. EHLE: «Auswirkungen der Urteile des EuGH zum Branntwein- und Tabakmonopole», *RIW/AWD*, 1976, pp. 416 y ss.; M. I. JALLES: «Os monopólios estatais de carácter comercial (artigo 37º do tratado CEE). Sua relevância no quadro da adesão de Portugal às Comunidades europeias», separata del *Boletim do*

## I. EL REGIMEN JURIDICO COMUNITARIO DE LOS MONOPOLIOS DE ESTADO

El núcleo esencial del régimen jurídico comunitario de los monopolios de Estado radica en el artículo 37 TCEE (5), cuya interpretación ha suscitado muy variados problemas, de los que una buena parte han sido resueltos o, al menos, abordados por la jurisprudencia, ya bastante abundante, del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas (6). A la luz de esta jurisprudencia se examinan a

Ministerio da Justiça, Lisboa, 1979; G. MEIER: Comentarios a la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de marzo de 1979, en el asunto 91/78, *EuR*, 1979, pp. 281 y ss.; P. OLIVER: «Recent Case Law on Article 37 EEC», *CMLR*, 1980, pp. 251 y ss.; A. PAPPALARDO: «Position des monopoles publics par rapport aux monopoles privés», en *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominante en droit communautaire*, Brujas, 1977, pp. 550 y ss.; G. RASTRELLI: «Art. 37, Par. 1 del Trattato CEE: una 'lex specialis' nei confronti delle altre norme del Trattato», *Diritto comunitario o degli scambi internazionali*, 1979, pp. 697 y ss.; G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS: Observaciones sobre las sentencias del Tribunal de Justicia de febrero de 1976, sobre los monopolios nacionales de carácter comercial en *CDE*, 1976, pp. 556, y ss.; R. D. THEISEN: *Die Stellung der staatlichen Handelsmonopole nach dem EWG-Vertrag unter besonderer Berücksichtigung der Regelung des Tabakmarktes*, Colonia, 1975; F. WOOLDRIDGE: «Some recent decisions concerning the Ambit of Article 37 of the EEC Treaty», *LIEI*, 1979/1, pp. 556 y ss.

(5) El texto íntegro del artículo 37 TCEE es, en traducción realizada por mí, teniendo en cuenta las distintas versiones auténticas del Tratado, el siguiente:

«1. Los Estados miembros transformarán progresivamente los monopolios nacionales que presenten carácter comercial, de tal modo que, al expirar el periodo de transición, quede asegurada, en las condiciones de aprovisionamiento y de acceso al mercado, la exclusión de discriminaciones entre los ciudadanos de los Estados miembros.

Las disposiciones de este artículo se aplicarán a todo organismo por el cual un Estado miembro, «de iure» o «de facto», controle, dirija o influya sensiblemente, directa o indirectamente, las importaciones o las exportaciones entre los Estados miembros. Estas disposiciones se aplicarán igualmente a los monopolios de Estado delegados.

2. Los Estados miembros se abstendrán de cualquier medida nueva contraria a los principios enunciados en el apartado 1 o que restrinja el alcance de los artículos relativos a la eliminación de los derechos de aduana y de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros.

3. El ritmo de las medidas contempladas en el apartado 1 deberá adaptarse a la eliminación, prevista en los artículos 30 a 34, de las restricciones cuantitativas para los mismos productos.

En el caso de que un producto sólo esté sometido en uno o varios Estados miembros a un monopolio nacional que presente carácter comercial, la Comisión podrá autorizar a los demás Estados miembros a aplicar medidas de salvaguardia, determinando sus condiciones o modalidades, mientras no haya sido realizada la adaptación prevista en el apartado 1.

4. En el caso de un monopolio de carácter comercial que lleve consigo una reglamentación destinada a facilitar la venta o el aprovechamiento de productos agrícolas, conviene asegurar, en la aplicación de las reglas del presente artículo, garantías equivalentes para el empleo y el nivel de vida de los productores interesados, habida cuenta del ritmo de las adaptaciones posibles y de las especializaciones necesarias.

5. Por otra parte, las obligaciones de los Estados miembros no son válidas sino en la medida en que sean compatibles con los acuerdos internacionales existentes.

6. La Comisión hará, a partir de la primera etapa, recomendaciones con respecto a las modalidades y al ritmo según los cuales deberá ser realizada la adaptación prevista en el presente artículo».

(6) El artículo 37 TCEE ha sido objeto de interpretación en las siguientes sentencias: de 14 de julio de 1964 (Costa/ENEL, 6-64; *Rec.* 1964, pp. 1141 y ss.); de 4 de febrero de 1965 (Albatros/SOPECO, 20-24, *Rec.* XI-3, pp. 1 y ss.); de 16 de diciembre de 1970 (Cinzano-Hauptzollamt Saarbrücken, 13-70, *Rec.* 1970, pp. 1089 y ss.); de 21 de marzo de 1972 (Pubblico Ministero/SAJL, 82-71, *Rec.* 1972, páginas 119 y ss.); de 30 de abril de 1974 (Sacchi, 155-73, *Rec.* 1974, pp. 409 y ss.); de 3 de febrero

continuación las condiciones de aplicación, el contenido y alcance de dicho régimen, prestando especial atención a aquellos aspectos del mismo que resultan relevantes para el monopolio español de petróleos.

**1. Condiciones de aplicación del régimen especial de los «monopolios nacionales de carácter comercial».**

El artículo 37 TCEE no se aplica a todos los monopolios de Estado, sino sólo a los «monopolios nacionales que presentan carácter comercial», noción que, teniendo en cuenta las precisiones del párrafo segundo del apartado 1 de dicho artículo y la posición sistemática de éste dentro del Tratado, debe ser interpretada con las siguientes matizaciones fundamentales: 1.º Incluye no solamente las situaciones en que el titular dispone de la exclusividad de la oferta con carácter absoluto, sino también aquéllas en que disfruta de una posición dominante tal que permite al Estado ejercer «de iure» o «de facto» un control, dirección o influencia sensible sobre el comercio intracomunitario de los productos afectados. 2.º La situación aludida ha de tener su origen en un fundamento de derecho; los monopolios de hecho no están comprendidos por el artículo 37. 3.º Su objeto ha de estar constituido por **productos** susceptibles de intercambio en régimen de competencia, quedando, en cambio, fuera de su ámbito los monopolios de servicios (7). 4.º La titularidad de la actividad monopolística puede corresponder tanto al Estado como a una persona distinta de él.

---

de 1976 (Pubblico Ministero/Manghera, 59-75, **Rec.** 1976, pp. 91 y ss.); dos de 17 de febrero de 1976 (Reve Zentrale/Hauptzollamt Landau/Pfalz, 45-75 y Hauptzollamt Göttingen/Miritz, 91-75, **Rec.** 1976, pp. 181 y ss., 217 y ss.); de 20 de febrero de 1979 (Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, 120-78, **Rec.** 1979, pp. 649 y ss.); y tres de 13 de marzo de 1979 (Peureux/Services fiscaux de la Haute Saône, 86-78; Hansen/Hauptzollamt Flensburg, 91-78; y Peureux/Services fiscaux de la Haute Saône, 119-78, **Rec.** 1979, pp. 897 y ss., 935 y ss., y 975 y ss.). Se ha tratado, en todos los casos, de sentencias que resuelven cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales internos. En cambio, nunca han llegado al Tribunal por vía contenciosa asuntos relativos a monopolios de Estado, lo que resulta sorprendente teniendo en cuenta que ya en 1969, al término del período de transición, deberían haber sido plenamente adaptados a las exigencias del derecho comunitario los monopolios existentes en los Estados miembros originarios y que, sin embargo, en muchos casos era notoria la ausencia o insuficiencia de medidas adoptadas en este sentido. La Comisión ha iniciado en bastantes ocasiones procedimientos de infracción por violación de las obligaciones establecidas en el artículo 37, pero siempre ha interrumpido estos procedimientos —que, no obstante, ha vuelto a iniciar en algunos casos por las mismas causas— antes de acudir al Tribunal de Justicia. Vid. los apartados dedicados a los «monopolios nacionales de carácter comercial» en los sucesivos informes anuales sobre la actividad de las Comunidades publicados por la Comisión a partir del sexto informe, correspondiente al año 1972.

(7) En la sentencia de 30 de abril de 1974, el Tribunal descartó expresamente la aplicación del artículo 37 TCEE al derecho exclusivo a efectuar emisiones televisadas, señalando que la disposición «se refiere a los intercambios de mercancías y no puede afectar a un monopolio de prestaciones de servicios» (Sacchi, 155-73, **Rec.** 1974, pp. 428-429). Sin embargo, M. I. JALLES cree ver en la jurisprudencia posterior del Tribunal indicios de una tendencia distinta (op. cit., pp. 30 y s.).

## 2. Significación del régimen especial durante el período de transición y después de su expiración.

Para comprender correctamente el régimen jurídico comunitario de los «monopolios nacionales de carácter comercial» es preciso tener en cuenta el distinto alcance de las disposiciones del artículo 37 TCEE antes y después de la expiración del período de transición (8).

En efecto, el artículo 37 obliga a los Estados a desarrollar un proceso de adaptación de los monopolios nacionales en orden a alcanzar un determinado resultado —al que después me referiré— al término del período de transición. A diferencia de otras disposiciones del Tratado —y, particularmente, de las que tienen por objeto la supresión de los demás obstáculos a la libre circulación de mercancías—, el artículo 37 no concreta etapas y procedimientos para el logro del resultado previsto y sólo confiere a la Comisión la facultad —y el deber— de formular recomendaciones relativas a las modalidades y al ritmo de adaptación de los monopolios.

De este modo **durante el período de transición** los monopolios de Estado quedan excluidos de la aplicación de las reglas generales del Tratado —en especial de las relativas a la supresión de restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente, que, de ser aplicables, implicarían el desmantelamiento inmediato de aspectos esenciales de los sistemas de monopolio—, para quedar sometidos a un régimen específico cuya característica más sobresaliente es la discrecionalidad de los Estados en la determinación de las modalidades concretas de adaptación progresiva de sus monopolios, discrecionalidad limitada tan sólo por la necesidad de adecuación al objetivo a alcanzar y por la prohibición de cualquier nueva medida regresiva establecida en el apartado 2 del artículo 37, cláusula de «standstill» a la que el Tribunal comunitario ya reconoció efectos directos en la sentencia de 15 de julio de 1964 (9).

Ahora bien, este régimen privilegiado de los monopolios de Estado tiene una

---

(8) Aunque el período de transición previsto en el artículo 8 del Tratado concluyó el 31 de diciembre de 1969, la referencia a la significación del régimen especial de los monopolios de Estado durante dicho período no tiene un mero interés histórico. Por una parte, el contenido normativo del artículo 37 TCEE después de la expiración del período de transición sólo es comprensible a partir del conocimiento de su función previa, ya que la «transformación» que sus disposiciones preciben debe realizarse dentro de dicho período. Pero, además, parece seguro que, cuando España se incorpore a la Comunidad, también se establecerá un período transitorio para la adaptación de los monopolios de Estado, como se ha hecho con ocasión de la integración de Gran Bretaña, Irlanda y Dinamarca (vid. artículo 44 del Acta relativa a las condiciones de la adhesión, JOCE, 1972, núm. L 73), primero, y de Grecia, después (art. 40 del Acta relativa a las condiciones de la adhesión de la República Helénica y a las adaptaciones de los tratados, JOCE, 1979, núm. L 291). En el punto 153 del Dictamen relativo a la solicitud de adhesión de España, la Comisión ha señalado que «será necesario prever, para la adecuación de los monopolios existentes tanto en España como en los restantes Estados miembros en sus relaciones recíprocas, medidas transitorias adecuadas» (vid. el texto en esta *Revista*, referencia *supra*, nota 2).

(9) Costa/ENEL, 6-64, Rec. 1964, pp. 1164 y 1167.

duración limitada: el período de transición, cuya expiración constituye el término extremo para la consumación del proceso de adaptación.

Aun cuando es manifiesto que dicho plazo ha sido generalmente incumplido (10), su expiración es sumamente relevante, pues lleva consigo una serie de consecuencias sobre el régimen jurídico de los monopolios de Estado que, esquemáticamente expuestas y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, son las siguientes:

1.º) En la medida en que, por falta o insuficiencia de medidas de adaptación de un determinado monopolio, no se ha realizado el resultado previsto por el artículo 37, nos encontramos ante una infracción del ordenamiento comunitario, pues, como ha afirmado el Tribunal de Justicia, «esta disposición prescribe imperativamente su transformación de forma que se asegure al término del período de transición la desaparición completa de las discriminaciones contempladas» (11).

2.º) El artículo 37, apartado 1, es una disposición directamente aplicable, pues como afirmó el Tribunal en la sentencia de 3 de febrero de 1976, en ella se establece «una obligación de resultado precisa, provista de una simple cláusula suspensiva» que «al término del período de transición ya no está acompañada de ninguna condición ni subordinada en su ejecución o en sus efectos a la intervención de ningún acto de la Comunidad o de los Estados miembros, y es, por su propia naturaleza, susceptible de ser invocada por los nacionales de los Estados miembros ante las jurisdicciones internas» (12).

3.º) El artículo 37 ya no implica un trato de excepción favorable a los monopolios de Estado, sino unas exigencias específicas que no excluyen a las resultantes de otros preceptos del Tratado, sino que se añaden a ellas. En efecto, el Tribunal de Justicia, en una sentencia de 19 de febrero de 1976 (13), y en tres

---

(10) La propia Comisión señalaba en su tercer informe general sobre la actividad de las Comunidades europeas, correspondiente al año 1969, que «estaba claro que alguna de las acciones cuyo cumplimiento estaba previsto por el Tratado durante el período de transición, tales como la transformación de los monopolios de carácter comercial... no estarían terminadas para el fin del año (*Troisième Rapport Général sur l'activité des Communautés*, Bruselas, 1970, pp. 15 y ss.). Hoy, más de diez años después de la expiración del período de transición, el proceso de adaptación de los monopolios de los Estados miembros originarios aún no ha concluido. Vid. los números 170 y 171 del décimo tercer informe general de la Comisión, correspondiente a 1979 (*Treizième Rapport Général sur l'activité des Communautés*, Bruselas, 1980, p. 117).

(11) Sentencia de 3 de febrero de 1976, Pubblico Ministero/Manghera, 59-75, *Rec.* 1976, p. 100.

(12) *Rec.* 1976, p. 101. La aplicabilidad directa del artículo 37, apartado 1, después de la expiración del período de transición —que ha sido confirmada expresa o implícitamente en todas las sentencias posteriores a la citada, fue defendida por primera vez por J. H. KAISER: «Staatliche Handelsmonopole in der Dynamik des Gemeinsamen Marktes», *EuR*, 1967, p. 1 (en pp. 3 y ss.), que encontró eco en la doctrina. Cfr. A. DERINGER: «Die staatlichen Handelsmonopole nach Ablauf der Übergangszeit», *EuR*, 1971, p. 193, en p. 207; J. MEGRET: «L'aménagement des monopoles d'Etat français en exécution de l'article 37 du traité instituant la CEE», *RTDE*, 1972, p. 578, en p. 561; G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS: *El régimen jurídico de los monopolios de Estado en la Comunidad Económica Europea*, cit., p. 167; R. D. THEISEN, op. cit., pp. 131 y ss.; M. WAELBROECK, en *Le droit de la Communauté Economique Européenne*, vol. 1, Bruselas, 1973, p. 134. En el mismo sentido se pronunciaron la Comisión y el Abogado General ROEMER en el asunto 82-71 (*Rec.* 1972, pp. 134 y 154, respectivamente).

(13) *Rewe-Zentrale/Hauptzollamt Landau/Pfalz*, 45-75, *Rec.* 1976, pp. 181 y ss.

de 13 de marzo de 1979 (14), ha considerado la aplicabilidad simultánea de disposiciones del Tratado relativas a la fiscalidad, a las subvenciones y a las restricciones cuantitativas con el artículo 37, afirmando expresamente en una de las últimas sentencias que «al término del período de transición, el artículo 37, apartado 1 ya no permite derogaciones a la prohibición del artículo 95, que se aplica enteramente a la imposición de los productos importados en relación con los productos nacionales, independientemente de que éstos estén o no sometidos a un monopolio comercial» (15).

Por otra parte, el Tribunal ha precisado, rechazando expresamente la opinión contraria expuesta por la Comisión, que el artículo 37 no agota sus efectos con la realización de la adaptación exigida en él, sino que «sigue siendo aplicable aun después de la transformación prescrita por el Tratado (16).

Ahora bien, lo que el Tribunal no ha precisado aún es qué obligaciones específicas —distintas de las resultantes de las normas generales del Tratado— impone a los Estados miembros el artículo 37 TCEE, una vez llevada a término la «transformación» de los monopolios de conformidad con sus prescripciones (17).

### 3. El resultado del proceso de transformación de los monopolios de Estado.

De lo expuesto anteriormente se deduce la importancia determinante, dentro del régimen específico de los monopolios de Estado, de la precisión del resultado al que debe conducir el proceso de transformación de los mismos.

Conforme al texto del artículo 37 TCEE, tal resultado ha de ser «que quede asegurada, en las condiciones de aprovisionamiento y de acceso al mercado, la exclusión de cualquier discriminación entre los nacionales de los Estados miembros». La clave de la interpretación radica, pues, en la precisión de las discriminaciones cuya exclusión debe quedar asegurada, problema sumamente complejo que ha dado lugar a amplias controversias.

En mi opinión, que he fundamentado en otro lugar, la posición sistemática del artículo 37 dentro del título del Tratado consagrado a la libre circulación de mercancías y las características conceptuales de los «monopolios nacionales de carácter comercial», así como la referencia de la disposición a «las condiciones de aprovisionamiento y de acceso al mercado» llevan a la conclusión de que las discriminaciones a excluir son las que afectan a los productos que son objeto del monopolio, siendo los términos de la comparación, de un lado, el trato que reciben los productos nacionales y, de otro, el que reciben los restantes productos comunitarios, es decir, los originarios de los Estados miembros y los que,

(14) Asuntos 86-78, 91-78 y 119-78, Rec. 1979, pp. 897 y ss., 935 y ss., 975 y ss.

(15) Rec. 1979, p. 913.

(16) Rec. 1979, p. 952.

(17) Sobre este problema, en el que aquí no se profundizará en razón de la finalidad del presente estudio, vid. R. C. BERAUD, op. cit., pp. 586 y ss.; P. OLIVER, op. cit. (en su integridad), y G. RASTRELLI, op. cit., pp. 702 y ss.

procedentes de países terceros, se encuentran en libre circulación por haber sido regularmente importados a la Comunidad (18).

Un sector de la doctrina y, en los últimos años, la Comisión de Comunidades europeas estiman que la noción de discriminación del artículo 37 TCEE, interpretada en función de los principios de libre circulación de mercancías y, sobre todo, de la unidad del mercado común (19), no solamente abarca las desigualdades de trato entre productos nacionales y comunitarios en el mercado nacional del monopolio, sino además la desigualdad entre las condiciones de acceso a ese mercado y las condiciones generales de acceso al resto del mercado común (20).

Por otra parte, se ha discutido si basta la supresión de las llamadas «discriminaciones normativas» o bien es necesario, además, suprimir las «discriminaciones potenciales», en otros términos si para que «quede asegurada la exclusión de discriminaciones» es suficiente la eliminación de aquéllas que tienen su origen en las propias normas que determinan la estructura, finalidad y funciones del monopolio, o bien es necesario además hacer imposibles las discriminaciones que el titular del monopolio se encuentra en condiciones de efectuar en virtud de los poderes discrecionales de que dispone, interpretación extensiva que ha sido defendida por la Comisión y por la mayoría de la doctrina (21).

(18) Vid. in extenso G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS, op. cit., capítulo III, en especial pp. 72-77 (sobre las discriminaciones prohibidas por el artículo 37 TCEE) y 78-84 (sobre la delimitación de los «productos comunitarios»). Los nuevos elementos de interpretación de la noción de discriminación en el artículo 37, aportados por las sentencias del Tribunal de Justicia de febrero de 1976 y de marzo de 1979, serán analizados posteriormente en el presente estudio.

(19) Sobre esta noción, vid. B. VAN DER ESCH: «L'unité du marché commun dans la jurisprudence de la Cour, la bonne foi communautaire et les problèmes des politiques communes», CDE, 1970, pp. 303 y ss.; J. USHER: «The Consequences of the Notion of a Single Market: Recent Decisions of the Court on the Free Movement of Goods», LIEI, 1977, pp. 39 y ss.

(20) Vid. en este sentido, E.-J. MESTMÄCKER: «Offene Märkte im System unverschälten Wettbewerbs in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft», Festschrift Franz Böhm, Karlsruhe, 1965, p. 345, en pp. 357 y ss. y, del mismo autor, Europäisches Wettbewerbsrecht, Munich, 1974, pp. 628 y ss.; A. PAPPALARDO, en la obra colectiva dirigida por R. QUADRI, R. MONACO y A. TRABUCCHI: Trattato Istitutivo della Comunità Economica Europea, Commentario, Milán, 1965, vol. 1, pp. 219 y ss. Más recientemente, R. C. BERAUD, op. cit., pp. 575 y ss., que recoge la evolución de la posición de la Comisión al respecto.

(21) En las recomendaciones dirigidas a los Estados miembros en relación con distintos monopolios el 25 de noviembre de 1969 (JOCE, 1970, núm. L 6) y el 22 de diciembre (JOCE, 1970, núm. L 31) —salvo la relativa al conopolio francés de petróleo, que se aparta considerablemente del modelo general— se incluye la siguiente afirmación: «Hay que subrayar que el artículo 37 no se limita a exigir la supresión de las discriminaciones que resultan directamente de las disposiciones aplicables a los productos bajo monopolio: este objetivo podría ser alcanzado, en ausencia de un artículo sobre los monopolios nacionales, por otras disposiciones del Tratado, especialmente las que prohíben los impuestos de efecto equivalente a los derechos de aduana y las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas... el objetivo de la «transformación»... es excluir que aún puedan producirse, al final del período de transición, las discriminaciones que pueden acarrear determinados poderes particulares de que los monopolios disponen en lo que se refiere a la importación y salida en su mercado o la exportación de determinados productos». En la doctrina, vid. en este sentido R. DE BEAUMONT: L'aménagement des monopoles d'Etat français visés par l'article 37 du traité de Rome, París, 1969, p. 123; A. DERINGER, op. cit., p. 199; D. EHLE y G. MEIER: EWG-Warenverkehr, Colonia, 1971, p. 192; J. H. KAISER, op. cit., pp. 4 y 9 y, del mismo autor, «Die staatlichen Handelsmonopole im Gemeinsamen Markt nach Ablauf der Übergangszeit», Miscellanea Ganshof van der Meersch,

El corolario de las interpretaciones extensivas de la noción de discriminación en el artículo 37 TCEE, es la conclusión de que el proceso de «transformación» de los monopolios de Estado ha de llevar a su supresión en sentido funcional, es decir, en cuanto titulares de derechos exclusivos de importación, exportación o comercialización [22].

La sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de febrero de 1976 (23), proporciona argumentos de peso a los defensores de la interpretación más extensiva, pues en ella se afirma que el derecho exclusivo de importación de productos manufacturados del monopolio italiano de tabacos «representa, con respecto a exportadores comunitarios, una discriminación prohibida por el artículo 37, apartado 1», disposición que debe ser interpretada «en el sentido de que a partir del 31 de diciembre de 1969, todo monopolio nacional debía haber sido transformado de modo tal que se hiciese desaparecer el derecho de importación exclusivo a partir de los demás Estados miembros» [24]. Parece, en efecto, probable que el Tribunal extienda la misma calificación a los derechos exclusivos de exportación o de comercialización si hubiera de pronunciarse sobre ellos (25).

Ahora bien, a fin de no extrapolar indebidamente el alcance de esta sentencia, hay que tener en cuenta que el Tribunal evitó pronunciarse en ella sobre la cuestión de la necesidad de excluir la posibilidad de discriminaciones, omisión necesariamente deliberada toda vez que la cuestión había sido explícita e inequívocamente planteada por el juez del fondo y ampliamente abordada en las argumenta-

---

tomo II, Bruselas, 1972, p. 173, en p. 185; K. D. HUTH: *Die Sonderstellung der öffentlichen Hand in den Europäischen Gemeinschaften*, Hamburgo, 1965, pp. 276 y 288; J. LASSIER: «Rapport intérimaire», en *Les monopoles dans le marché commun. L'article 37 du traité de Rome*, Milán, 1968, p. 204; E. J. MESTMÄCKER: «Offene Märkte im System unverschälten Wettbewerbs in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft», cit., pp. 358 y ss. y, del mismo autor: *Europäisches Wettbewerbsrecht*, citado, pp. 628 y ss.; A. PAPPALARDO: «Les monopoles nationaux à caractère commercial et le traité CEE», *CDE*, 1973, p. 639, en pp. 645 y ss.

(22) Vid. un excelente análisis de los términos del problema y la argumentación de la necesidad de suprimir los monopolios en sentido funcional en R. C. BERAUD, op. cit., pp. 575 y ss., donde se recoge la evolución de la actitud de la Comisión, que ha pasado de considerar la supresión de los derechos exclusivos como «la solución mejor» (cfr. las recomendaciones a que se hace referencia en la nota anterior) a estimar que se trata de la solución necesaria para dar cumplimiento al artículo 37.

(23) *Publico Ministero/Manghera*, 59-75, *Rec.* 1976, pp. 91 y ss.

(24) *Rec.* 1976, p. 101.

(25) Cfr. R. C. BERAUD, op. cit., pp. 581 y ss. Por otra parte, debe observarse, como lo hace este autor (p. 606, nota 35) que el artículo 40 del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Helénica consagra explícitamente la interpretación del artículo 37 TCEE en el sentido de considerar incompatibles con él los derechos exclusivos de importación y exportación. En efecto, después de estipular en el apartado 1 que la transformación de los «monopolios nacionales de carácter comercial» habrá de llevarse a cabo antes del 31 de diciembre de 1985 (estipulación que se establece en los mismos términos y con referencia expresa al artículo 37 TCEE), el apartado 2 del referido artículo 40 prescribe la supresión inmediata (a partir del 1 de enero de 1981) de la totalidad de los derechos exclusivos de exportación y de los derechos exclusivos de importación sobre el sulfato de cobre, la sacarina y el papel fino. Si el primer apartado corresponde en su contenido al del artículo 44 del Acta relativa a las condiciones de la adhesión de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido, el segundo, en cambio, carece de precedente.

ciones de las partes en el litigio principal y de la Comisión, así como en las Conclusiones del Abogado General (26).

Por otra parte, en una sentencia posterior, de 13 de marzo de 1979 (27), el Tribunal, en contra de la opinión expuesta por la Comisión —según la cual el artículo 37 TCEE perdería su objeto una vez consumado el proceso de «transformación» de los monopolios de Estado— ha manifestado que «el artículo 37 sigue siendo aplicable en la medida en que, **aun después de la transformación prescrita por el Tratado, el ejercicio por un monopolio público de sus derechos de exclusividad implicase una de las discriminaciones o restricciones prohibidas por esta disposición**» (28). De este modo el Tribunal reconoce que la «transformación» no excluye necesariamente la posibilidad de discriminaciones y que, además, no todos los derechos exclusivos de los monopolios son necesariamente incompatibles con el Tratado.

Pienso, en definitiva, que la cuestión de las discriminaciones potenciales y la de la supresión de los monopolios en sentido funcional no puede recibir una respuesta general y abstracta. Más bien es necesario analizar en cada caso los elementos integrantes de cada monopolio para precisar, a la luz de las funciones que les corresponden, cuáles de ellos han de ser totalmente suprimidos y cuáles parcialmente modificados. A este respecto es importante tener presente que, con la *expiración del período de transición*, los monopolios de Estado dejan de estar sometidos exclusivamente al régimen especial del artículo 37 para quedar sujetos al conjunto de las reglas generales del Tratado. Ello implica que los distintos elementos integrantes de un sistema de monopolio sólo podrán ser conservados si no constituyen una infracción ni del artículo 37 ni de otras disposiciones del Tratado, entre las cuales hay que destacar las relativas a la prohibición de las «medidas de efecto equivalente» al de las restricciones cuantitativas, dado el alcance atribuido a esta prohibición por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (29).

(26) En efecto, la primera cuestión de interpretación sometida al Tribunal por el juez italiano estaba planteada en los siguientes términos: «¿Debe ser interpretado el artículo 37, apartado 1, del Tratado de Roma en el sentido de que a partir del 31 de diciembre de 1969 (fecha de expiración del período de transición) el monopolio comercial debía estar reestructurado de forma tal que se eliminase incluso la posibilidad de efectuar discriminaciones en contra de los exportadores comunitarios, con la consecuencia de la desaparición de los derechos exclusivos de importación con respecto a los restantes Estados miembros a partir del 1 de enero de 1970?» [Rec. 1976, p. 93]. Vid. asimismo el resumen de las observaciones escritas (pp. 93 y ss.) y las Conclusiones del Abogado General WARNER (en especial pp. 108 y s.).

(27) Hansen/Hauptzollamt Flensburg, 91-78, Rec. 1979, p. 935.

(28) Rec. 1979, p. 952.

(29) La prohibición de las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas de importación y exportación, establecida en los artículos 30 y 34 del Tratado —prohibición que, desde la expiración del período de transición, es absoluta y crea derechos para los particulares al ser directamente aplicables las normas que la establecen— se ha revelado progresivamente como una pieza fundamental del mecanismo jurídico comunitario para la realización de la libre circulación de mercancías. En efecto, la noción de «medidas de efecto equivalente» constituye un «cajón de sastre» en el que caben las más variadas reglamentaciones y prácticas nacionales restrictivas del comercio intracomunitario. El Tribunal de Justicia ha caracterizado repetidamente a estas «medidas» como aquéllas que son «susceptibles de obstaculizar el comercio intracomunitario directa o indirectamente,

En conclusión, cabe afirmar que el mantenimiento de los distintos derechos de exclusividad y poderes exorbitantes constitutivos de un sistema calificado como «monopolio nacional de carácter comercial» en principio sólo serán compatibles con el Tratado al término del período de transición si cumplen estrictas condiciones, que, en síntesis, son las siguientes:

1.º) Que no sean intrínsecamente discriminatorios, lo que ocurre tanto en los casos en que tales derechos o poderes llevan consigo directa y necesariamente la desigualdad de trato de los productos comunitarios en relación con los nacionales como en aquéllos en que, aun siendo teóricamente posible su utilización «neutral», tienen como misión única o principal la protección de la producción nacional.

2.º) Que, aun sin ser intrínsecamente discriminatorios, no lleven consigo un riesgo de discriminación o una incidencia restrictiva sobre el comercio intracomunitario de los productos afectados que no estén justificados por una finalidad

---

efectiva o potencialmente» (vid. C. D. EHLERMANN: «Das Verbot der Massnahmen gleicher Wirkung in der Rechtsprechung des Gerichtshofes». *Festschrift für Hans Peter Ipsen*, Tubinga, 1977, p. 578, en p. 587, así como las referencias a la jurisprudencia anterior del Tribunal en las Conclusiones del Abogado General CAPOTORTI en el asunto 120-78 (Rec. 1979, p. 668).

Con diversas matizaciones, la doctrina ha oscilado entre una concepción restrictiva de las «medidas de efecto equivalente», según la cual sólo tendrían esta consideración las que discriminasen a los productos comunitarios frente a los nacionales, y una concepción extensiva, según la cual también quedarían comprendidas por la prohibición todo tipo de medidas indistintamente aplicables a los productos nacionales y extranjeros que tuviesen un efecto restrictivo sobre el comercio intracomunitario. La Comisión había adoptado una posición intermedia, en el sentido de considerar, en principio, legítimas las reglamentaciones nacionales de comercio indistintamente aplicables a los productos nacionales e importados, salvo que sus efectos restrictivos sobre el comercio comunitario resultasen excesivos y desproporcionados en relación con la finalidad de la reglamentación; en principio, pues, según la Comisión, los obstáculos a la libre circulación de mercancías resultantes de la existencia de reglamentaciones nacionales divergentes habrían de ser suprimidos mediante la armonización de las legislaciones nacionales (vid. la síntesis de las distintas posiciones en C. D. EHLERMANN, op. cit., pp. 582 y ss.).

En la sentencia de 20 de febrero de 1979 (Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, 120-78, Rec. 1979, p. 649), el Tribunal señaló «que los obstáculos a la circulación intracomunitaria resultantes de las disparidades de las legislaciones nacionales relativas a la comercialización de los productos... deben ser aceptados en la medida en que esas prescripciones puedan ser reconocidas como necesarias para satisfacer a exigencias imperativas...» (p. 662). Esta sentencia ha marcado un hito, pues implica un rechazo de la presunción de legitimidad de las reglamentaciones indistintamente aplicables a los productos nacionales e importados y ha motivado que la Comisión adopte un enfoque diferente con respecto a la supresión de los «obstáculos técnicos a los intercambios» por la vía de la armonización de legislaciones (vid. *Bulletin des Communautés européennes*, núm. 7/8 1980, puntos 1.3.1 a 1.3.4, pp. 15 y ss.).

Sobre las medidas de efecto equivalente, vid., además del trabajo citado de C. D. EHLERMANN y la bibliografía que en él se indica, R. KOVAR: «Libre circulation des marchandises: interdiction des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives, taxes d'effet équivalent à des droits de dovane et discriminations fiscales», *JDI* 1979, pp. 863 y ss.; A. MATTERA: «L'arrêt Cassis de Dijon: une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du Marché intérieur», *RMC*, 1980, núm. 241, pp. 505 y ss.; P. OLIVER: «Recent Case Law on Articles 30 to 36 EEC», *CMLR* 1980, pp. 109 y ss., con indicaciones bibliográficas adicionales.

legítima cuya consecución requiera el mantenimiento de tales derechos exclusivos o poderes exorbitantes (30).

Es, justamente, en los casos en que, **de conformidad con el Tratado**, se conservan determinados derechos exclusivos o poderes exorbitantes potencialmente discriminatorios **después de la transformación exigida por el artículo 37, apartado 1**, cuando esta disposición conserva una función específica: prohibir que el **ejercicio** de esos derechos o poderes se efectúe, de hecho, en condiciones discriminatorias.

## II. LA APLICACION DEL REGIMEN COMUNITARIO AL MONOPOLIO ESPAÑOL DE PETROLEOS

El examen de la incidencia concreta sobre el monopolio español de petróleos del régimen jurídico comunitario requiere, en primer lugar, describir a grandes rasgos los principales aspectos estructurales y funcionales de dicho monopolio a fin de proceder, a continuación, a su calificación jurídico comunitaria. De esta calificación se extraerán las consecuencias pertinentes, a cuyo fin resulta de utilidad la experiencia del proceso de adaptación del régimen francés de importación de productos petrolíferos.

### 1. Descripción del monopolio español de petróleos (31).

El monopolio español de petróleos fue creado en 1927, durante la Dictadura del General Primo de Rivera. Concebido como instrumento de defensa de intereses nacionales frente al oligopolio internacional del petróleo, ha sido mantenido por los distintos regímenes políticos (32), si bien en 1947 fue objeto de una importante reorganización legal que ha dado lugar con posterioridad a cambios significativos en el sistema.

---

(30) No se toman aquí en consideración los supuestos en que, con carácter excepcional, determinadas disposiciones del Tratado limitan o matizan el alcance de la obligación de transformación de los monopolios de Estado. Sin entrar en su examen (vid. a este respecto G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS, op. cit., capítulo VI), conviene dejar constancia de que se trata de las siguientes disposiciones del Tratado: apartados 4 y 5 del propio artículo 37; artículo 36; artículo 223, apartado 1, b); artículo 222 (conforme al cual el Tratado «no prejuzga en absoluto el régimen de la propiedad en los Estados miembros»), y artículo 90, apartado 2. La posible relevancia de esta última disposición, relativa a los «monopolios fiscales» y a las «empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general» en relación con el monopolio español de petróleos será examinada *infra*, II, 2.

(31) Como bibliografía fundamental sobre el tema, vid. J. J. RAMON-LACA COTORRUELO y E. SANZ HURTADO: «El monopolio de petróleos y la Industria española del petróleo», *Hacienda Pública Española*, 1978, núm. 53, pp. 133 y ss.; J. M. TEJERIZO LOPEZ: *Los monopolios fiscales*, Madrid, 1975, en especial pp. 148 y ss.; J. VELARDE FUERTES: «Dictamen sobre el posible futuro económico de la CAMPSA», *Hacienda Pública Española*, 1978, núm. 53, pp. 275 y ss.

(32) Significativamente el Real Decreto-ley, de 28 de junio de 1927, por el que se creó el monopolio, fue ratificado con fuerza de ley por la de 9 de septiembre de 1931, que tenía por objeto la revisión de la legislación de la Dictadura.

La actual reglamentación está contenida básicamente en las siguientes disposiciones:

- Real Decreto-ley de 28 de junio de 1927, por el que se creó el Monopolio de Petróleos (33).
- Ley de 17 de julio de 1947, de reorganización del Monopolio de Petróleos (34), modificada por el Decreto-ley de 5 de abril de 1957 (35), y desarrollada por el Decreto de 20 de mayo de 1949, por el que se aprueba el Reglamento del Monopolio de Petróleos (36).
- Real Decreto de 23 de mayo de 1980, por el que se regulan las relaciones administrativas entre el Monopolio de Petróleos y su Compañía administradora y las formas de retribución de la misma (37).
- Decreto de 9 de marzo de 1968, sobre régimen de autorización de refinerías de petróleos (38), modificado por el 14 de mayo de 1971 (39).

Por otra parte, el Impuesto sobre el Petróleo, sus Derivados y Similares está regulado por la Ley de 30 de noviembre de 1979, de los Impuestos Especiales (40), y su Reglamento, aprobado por Real Decreto de 4 de noviembre de 1980 (41).

El Monopolio está legalmente caracterizado como un organismo del Estado que funciona en régimen de desconcentración de servicios y cuya alta dirección está atribuida al Ministerio de Hacienda, que la ejerce por medio de la Delegación del Gobierno. Su administración está encomendada a CAMPSA (Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos, Sociedad Anónima, de capital mixto), reservándose el Gobierno la facultad de determinar su cese sin expresión de causa.

El ámbito territorial del monopolio no coincide con el del Estado, sino que está limitado a la Península e Islas Baleares.

Su ámbito material abarca, conforme a los términos del artículo 2.º de la Ley de 17 de julio de 1947, modificado por el Decreto-ley de 5 de abril de 1957, «la importación, manipulaciones industriales de todas clases, almacenaje, distribución y venta del petróleo y sus derivados en estado sólido, líquido o de gas, salvo aquellas excepciones en cuanto a importación de primeras materias, manipulaciones industriales y almacenaje, que el Gobierno haya acordado o acuerde, autorizando por Decreto el ejercicio de estas actividades en forma concreta a determinadas entidades públicas o privadas». Incluye, además, «la facultad de obtener en

---

(33) G. de M., de 30 de junio de 1927.

(34) BOE, de 18 de julio de 1947.

(35) BOE, de 13 de abril de 1957.

(36) BOE, de 3 de junio de 1949.

(37) BOE, de 28 de junio de 1980. Este Decreto, dictado en base a la autorización conferida al Gobierno por la Ley de 30 de noviembre de 1979, de los Impuestos Especiales, deroga expresamente los artículos 11, 12 y 13 de la Ley de 17 de julio de 1947, el último de los cuales había sido objeto de modificación por la de 27 de diciembre de 1947 (BOE, de 30 de diciembre).

(38) BOE, de 11 de marzo de 1968.

(39) BOE, de 28 de mayo de 1971.

(40) BOE, de 6 de diciembre de 1979.

(41) BOE, de 27 y 28 de noviembre de 1980.

el país los productos de la misma especie mineral» y «la de establecer y explotar procedimientos industriales conducentes a la producción nacional de los mismos y de toda clase de combustibles líquidos y aceites lubricantes, partiendo de materias primas nacionales o importadas, salvo aquellos casos en que el Gobierno haya acordado o acuerde por Decreto, y en forma concreta ,atribuir tales facultades a entidad pública o privada» (42). Corresponde al Gobierno, conforme al artículo 18, apartado a) de la misma Ley, fijar los precios de venta de los distintos productos a propuesta del Ministerio de Hacienda.

La delimitación legal del ámbito del monopolio incluye, por tanto, la totalidad de actividades económicas que tienen por objeto al petróleo: producción, importación de crudos y productos derivados, almacenaje, refino, distribución y comercialización.

Sin embargo, la ley de reorganización de 1947 introdujo en el sistema la importante modificación de facultar al Gobierno para establecer cuantas excepciones estime oportuno mediante autorizaciones concedidas por Decreto a entidades públicas o privadas, autorizaciones que pueden tener por objeto el ejercicio de cualquier actividad salvo las comprendidas en las fases de distribución y comercialización, que la ley reserva al Monopolio con exclusividad.

Esta posibilidad legal ha sido ampliamente utilizada, de modo que el objeto del Monopolio, en sentido estricto, y de la actividad de la sociedad administradora —al margen de la participación de ésta en el capital social de otras empresas relacionadas con la industria del petróleo— ha quedado prácticamente circunscrito a las fases de distribución y comercialización. En esta última fase también intervienen particulares, pero lo hacen bajo el control del Monopolio, explotando estaciones de servicio integradas en su red comercial o bien como Agentes de ventas autorizados para el comercio mayorista o minorista de aceites minerales y otros productos monopolizados, con un conjunto de derechos y obligaciones reglamentariamente determinados (43).

(42) La Ley de 1947 introdujo en relación con el Decreto de creación del monopolio la importante modificación de permitir determinadas excepciones autorizadas por el Gobierno con carácter concreto. El Decreto-ley de 1957 vino a modificar la definición de los productos objeto del monopolio, que antes se hacía por referencia al Arancel de Aduanas y que, desde entonces, tiene carácter autónomo. Otra innovación introducida por este Decreto-ley fue la de facultar a la Compañía administradora, previa autorización del Ministerio de Hacienda, a «organizar la venta de los productos que revistan el carácter de gases en la forma que resulte más conveniente para la Renta de Petróleos», lo que dio lugar a la constitución de Butano, S. A. (O. M. de 11 de junio de 1957, BOE, de 19 de junio).

(43) El artículo 33 del Reglamento del Monopolio de Petróleos prevé la concesión de autorizaciones para la instalación de surtidores y estaciones de servicio de propiedad particular y de licencias para la venta de productos monopolizados en las condiciones que determinen los correspondientes reglamentos. Los actualmente vigentes son, de un lado, el Reglamento para la venta de aceites minerales y otros productos de origen petrolífero dentro del ámbito del Monopolio de Petróleos, aprobado por Orden de 22 de julio de 1963 (BOE, de 24 de agosto), que ha sido objeto con posterioridad de distintas modificaciones, entre las que cabe destacar las introducidas por la Orden de 15 de febrero de 1967, sobre revisión de las condiciones reglamentarias para la utilización por la Industria nacional de disolventes y aceites ligeros de origen petrolífero como materia prima para la obtención de otros productos de utilización distinta a la de los carburantes, combustibles o lubricantes (BOE, de 2 de marzo de 1967); de otro lado, el Reglamento para el Suministro y Venta de Carburantes y Combustibles Líquidos objeto del Monopolio de Petróleos, aprobado por Orden Minis-

La mayor parte de las autorizaciones concedidas a través de sucesivos Decretos desde 1949 tienen por objeto la importación, almacenaje y refino de crudos por empresas de capital público, privado y mixto (44). De aquí el interés de examinar brevemente el **régimen de las refinerías**, contenido básicamente en el Decreto de 9 de marzo de 1968, con las modificaciones resultantes del de 14 de mayo de 1971.

Con respecto a las condiciones de autorización de refinerías, debe señalarse, en primer lugar, que, cuando el Gobierno estime oportuna su instalación, le corresponde determinar la zona de emplazamiento, la capacidad de producción —cuya ampliación posterior exige igualmente su autorización— y la enumeración de los productos a obtener.

Si el Gobierno decide encomendar la instalación a una entidad pública española, el Decreto de autorización habrá de fijar, además, la participación de esa entidad en el capital social de la empresa refinadora, participación que en todo caso deberá ser mayoritaria.

Cuando la autorización no haya de concederse a una entidad pública española, la selección se hará mediante concurso público. Debe destacarse que la participación extranjera en el capital social de la empresa adjudicataria no deberá ser superior al 40 por 100 y que, en los casos en que la participación extranjera corresponda a sociedades en las que un Estado extranjero tenga participación mayoritaria, habrá de reservarse al Instituto Nacional de Industria una participación del 15 por 100 en el capital de la sociedad que explote la refinería o una participación superior si ello fuese necesario para garantizar su presencia en el Consejo de Administración.

La cuantía de las importaciones de crudos a efectuar por cada refinería y la de los productos terminados a suministrar al Monopolio son determinados cada

---

terial de 10 de abril de 1980 (BOE, de 25 de abril de 1980), complementado por la Orden de 25 de noviembre de 1980, sobre *nombramiento y régimen jurídico de Gestores de Estaciones de Servicio del Monopolio de Petróleos* (BOE, de 19 de diciembre de 1980).

Este conjunto de disposiciones permiten, junto a la comercialización directa por la sociedad administradora de los productos monopolizados, los siguientes regímenes de comercialización: explotación por particulares de estaciones de servicio instaladas por ellos o bien, a título de Gestores, de Estaciones de Servicio del Monopolio de Petróleos; comercio mayorista o minorista de aceites minerales y otros productos derivados del petróleo por quienes ostenten nombramiento de Agentes Mayoristas o Agentes Detallistas, nombramientos que no pueden concurrir en una misma persona física o jurídica.

Debe observarse, por otra parte, que, fuera del ámbito de los carburantes y combustibles líquidos, el alcance real del monopolio de comercialización parece muy dudoso. La citada Orden de 15 de febrero de 1967, por ejemplo, liberalizó la distribución de productos industriales mixtos de utilización distinta a la de los carburantes, combustibles y lubricantes, aunque en su fabricación intervengan como materias primas productos derivados del petróleo. Pero, además, con frecuencia el ámbito material del monopolio ha sido reducido «de facto», sin fundamento jurídico alguno. Vid. en este sentido, J. M. TEJERIZO LOPEZ, op. cit., pp. 157 y s., 163 y ss.

(44) Vid. la relación de empresas relacionadas con el petróleo en ANESPE (*Anuario Español del Petróleo*), 1978 (el último publicado, salvo error por mi parte). Vid. también R. TAMAMES: *Estructura económica de España*, 13.ª ed., Madrid, 1980, vol. 1, pp. 405 y ss.

año por el Gobierno (45), al que, por otra parte, corresponde fijar con carácter general los precios de adquisición de los productos refinados entregados al Monopolio, llamados «precios ex-refinería» (46).

## 2. Calificación jurídico comunitaria del monopolio de petróleos.

Con arreglo al derecho comunitario europeo, el monopolio español de petróleos debe ser calificado como un «monopolio nacional que presenta carácter comercial». Importa precisar que esta calificación no queda limitada al Monopolio en sentido estricto —cuyo ámbito, como se ha visto, ha quedado considerablemente reducido por haberse desgajado de él importantes actividades—, sino que se refiere a todo el sistema, pues éste es el que, a través de los distintos elementos que han sido descritos —fundamentalmente el Monopolio en sentido estricto, pero también las condiciones exigidas para las importaciones, el régimen de autorización de refinerías y las facultades de determinación de precios ex-refinería y de precios de venta— confiere al Estado un control prácticamente absoluto del comercio de petróleos en España.

Por otra parte, el monopolio de petróleos tiene como uno de sus objetivos primordiales el procurar ingresos al Estado (47) y es, por ello, un monopolio fiscal tanto conforme al derecho español (48) como desde el punto de vista del Derecho comunitario, que utiliza esta categoría en el apartado 2 del artículo 90, atribuyéndole relevancia como condición determinante de posibles excepciones al régimen general del Tratado (49). Parece, en efecto, indiscutible que las califica-

(45) En efecto, el artículo 7.º del Decreto de 9 de marzo de 1968 prevé, por una parte, que cada refinería podrá adquirir libremente los crudos necesarios para atender en la parte que le corresponda el mercado del Monopolio de Petróleos hasta una cantidad determinada en función del porcentaje de la participación extranjera en su capital social, y, por otra, que para la adquisición de los restantes crudos quedará sometida a la regulación que establezca el Gobierno al aprobar el Plan Nacional de Combustibles, en el cual, conforme al artículo 8.º, I del referido Decreto, se fija anualmente la cuantía de productos que cada refinería suministra al Monopolio.

(46) La fijación de estos precios se realiza a través de un complejo sistema en el cual se toman en consideración tres magnitudes fundamentales: el precio medio de la tonelada de crudo destilada, el precio internacional medio del producto concreto y la demanda global del Monopolio. Naturalmente en el cálculo de cada uno de estas magnitudes para cada período de referencia intervienen una pluralidad de variables. Vid. el análisis de J. BORRELL e I. GAFO: «El Monopolio de Petróleos y los precios de los productos petrolíferos. El sistema de fijación de precios ex-refinería», ICE, octubre 1978 (núm. 542), pp. 15 y ss. Es de interés señalar que en los tipos de gravamen establecidos en la Ley de Impuestos Especiales para el Impuesto sobre el Petróleo, sus derivados y similares en los que figura un porcentaje sobre el precio de adquisición, éste corresponde al precio ex-refinería.

(47) En la exposición de motivos del Real Decreto-ley que estableció el Monopolio se hace reiteradamente referencia a su finalidad fiscal, considerada como «una de las más importantes entre las que con seguridad podrá llenar», y en la de la Ley de reorganización de 1947 se destaca entre los resultados de la organización del Monopolio que hacen necesaria su conservación el que «ha producido al Tesoro ingresos cuantiosos».

(48) Cfr. J. M. TEJERIZO LOPEZ, op. cit., pp. 34 y ss.

(49) El texto del artículo 90, apartado 2, es el siguiente: «Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que presenten carácter de monopolio fiscal estarán sometidas a las reglas del presente Tratado, especialmente a las reglas de competencia, en la

ciones jurídico comunitarias de «monopolio nacional de carácter comercial» (artículo 37) y de «monopolio fiscal» (art. 90) no son recíprocamente excluyentes (50).

También debe ser tomada en consideración la aplicabilidad al monopolio español de petróleos del artículo 90, apartado 2, en la medida en que esta disposición posibilita igualmente excepciones al régimen general del Tratado en el caso de «empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general», noción que hace referencia a empresas —públicas o privadas— a las que el Estado asigna determinadas funciones de interés público en un sector de importancia para la economía nacional (51). Ambas circunstancias —funciones de interés público encomendadas por el Estado e importancia objetiva del sector para la economía nacional— concurren, a mi juicio, en la Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos y en las empresas de refino (52).

La calificación del monopolio de petróleos como «monopolio nacional de carácter comercial» lleva consigo la necesidad de transformarlo en orden a alcanzar el resultado prescrito en el artículo 37 TCEE, al término del período de transición que, con carácter general o específico, se establezca en el Tratado que determine las condiciones de la incorporación de España a la Comunidad.

Algunos elementos del monopolio español constituirían, dentro del marco comunitario, discriminaciones manifiestamente incompatibles con dicho resultado. Tal es el caso, fundamentalmente, de la reserva del mercado español a los productos refinados en España que resulta de la correlación que actualmente se establece entre las necesidades estimadas del mercado, las cantidades de pro-

---

medida en que la aplicación de estas reglas no impida, de derecho o de hecho, el cumplimiento de la misión particular que les ha sido encomendada. El desarrollo de los intercambios no deberá ser afectado en una medida contraria al interés de la Comunidad».

(50) Cfr. R. DE BEAUMONT, op. cit., pp. 45 y ss.; R. D. THEISEN, op. cit., p. 126; Recomendaciones de la Comisión de 6 de abril de 1962, relativas a los monopolios franceses de cerillas y tabacos **JOCE**, de 23 de junio de 1962) y de 22 de diciembre de 1969, relativas a los monopolios italianos de papel de cigarrillos, piedras de encendido y sal, y al monopolio francés de cerillas (**JOCE**, 1970, número L 31). La opinión contraria ha sido sostenida por R. FRANCESCHELL: «Les monopoles nationaux de caractère commercial visés dans l'article 37 du traité CEE et leur aménagement», **RMC**, 1968, p. 857, en pp. 861 y ss. y P. G. JAEGER: «La notion juridique de monopole national à caractère commercial dans l'article 37», **Les monopoles dans le marché commun. L'article 37 du traité de Rome**, Milán, 1968, p. 125, en p. 128.

(51) He fundamentado esta interpretación de la noción de «empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general», apoyada en la jurisprudencia comunitaria y contrastada con las opiniones doctrinales en mi obra **El régimen jurídico de los monopolios de Estado en la Comunidad Económica Europea**, cit., pp. 142 y ss. La jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia no aporta nuevos elementos para la interpretación de esta noción.

(52) La importancia del sector petrolero para la economía nacional no necesita ser demostrada. En cuanto a las funciones de interés público asignadas por el Estado a las empresas aludidas, basta constatar que **CAMPSA** tiene legalmente encomendada la administración del Monopolio y el cumplimiento de sus objetivos y que la exigencia de autorización para la instalación y modificación de capacidad de las refinerías ha sido establecida a fin de conseguir que su localización permita reducir distancias de transporte y, por ende, costes y consumo energético y que su producción se ajuste a las necesidades nacionales previstas de modo conjunto y coordinado (vid. la exposición de motivos del Decreto de 9 de marzo de 1968, sobre el régimen de autorización de refinerías de petróleo, así como la del Decreto de 20 de julio de 1974, por el que se establece un plan de ampliación de refino de crudos de petróleos hasta el año 1980, **BOE**, de 7 de agosto de 1974).

ductos derivados suministrados al Monopolio por las refinerías y la regulación gubernamental de las importaciones (53).

Por otra parte, la mera existencia de un derecho exclusivo de importación —o del régimen de autorizaciones de importación con limitación cuantitativa— es, en principio, incompatible con el referido resultado a la luz de la interpretación jurisprudencial del artículo 37 TCEE, anteriormente expuesta (54). Es más, cualquier facultad de los poderes públicos de restringir la libertad de las importaciones que no esté estrictamente justificada constituye, en principio, una «medida de efecto equivalente» incompatible con el artículo 30 del Tratado, ya que es susceptible de ser utilizada con una finalidad proteccionista y, por tanto, discriminatoria o bien, en cualquier caso, de tener un efecto restrictivo sobre el comercio intracomunitario (55). Las mismas consideraciones parecen aplicables a los derechos exclusivos de distribución y comercialización.

Por el contrario, no plantea, en principio, problemas de compatibilidad con el derecho comunitario el monopolio legal de las manipulaciones industriales (56). El actual régimen substitutivo de autorización de refinerías solamente requeriría leves modificaciones dirigidas a garantizar que, en las convocatorias de concursos públicos para su adjudicación a entidades privadas, las sociedades nacionales de los Estados miembros de la Comunidad pudiesen participar en ellos en las mismas condiciones que las españolas.

De lo expuesto podría deducirse que el único resultado posible de la «transformación» del monopolio de petróleos conforme a las exigencias del Derecho comunitario europeo sería el desmantelamiento del sistema para dar paso a una situación de libre competencia (57).

Sería, sin embargo, formalista prescindir de las circunstancias concretas del sector petrolero al precisar el alcance de las obligaciones que el Tratado de Roma impondrá a España en este ámbito.

En este sentido hay que tener en cuenta algunos factores económicos que, en el proceso de crisis desencadenado a partir de 1973, cobran un significado cada vez mayor: el hecho de que la estructura oligopolística del mercado internacional excluye en este sector la posibilidad de una situación de libre compe-

---

(53) En consecuencia, generalmente no se importan productos refinados, salvo que, excepcionalmente —como, al parecer, ha ocurrido en uno de los últimos años— la producción nacional resulte insuficiente en relación con la demanda del mercado.

(54) Cfr. *supra*, I, 3.

(55) Vid. nota 29.

(56) La legitimidad de los monopolios de producción resulta del artículo 222 del Tratado, según el cual éste no prejuzga el régimen de la propiedad en los Estados miembros. Cfr. R. C. BERAUD, *op. cit.*, p. 586, que, además destaca acertadamente cómo, en consecuencia, también es compatible con el Tratado el derecho exclusivo del Estado de comercializar su propia producción.

(57) Naturalmente sólo en el comercio intracomunitario. Como ha señalado expresamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, «el campo de aplicación del artículo 37 del Tratado CEE no se extiende a las medidas que afectan a la importación de productos procedentes de países terceros» (sentencia de 13 de marzo de 1979, Hansen/Hauptzollamt Flensburg, 91-78, *Rec.* 1979, página 958). No se toman aquí en consideración las obligaciones resultantes de acuerdos de la Comunidad con terceros Estados.

tencia real (58); el carácter imprescindible del petróleo en una sociedad industrializada; la escasa producción de la Comunidad Europea —en la que sólo Gran Bretaña cuenta con reservas potencialmente suficientes para el autoabastecimiento— y la consiguiente dependencia de las importaciones; las repercusiones de éstas sobre la balanza de pagos; el impacto inflacionario del aumento de los precios petrolíferos; la crisis de la industria de refino de los países comunitarios, cuya capacidad, planificada en función de una expansión continua, resulta excedentaria en el actual contexto de estancamiento (59).

Este conjunto de factores hacen necesarias medidas de intervención y control por parte de los poderes públicos dirigidas, fundamentalmente, a garantizar la seguridad de abastecimiento, a estimular la reducción del consumo, a evitar el desequilibrio de la balanza de pagos y a frenar el impacto inflacionario de los precios de los productos petrolíferos.

Naturalmente, sería congruente con el objetivo de la integración económica y con la existencia de un mercado común que las medidas necesarias fuesen adoptadas en el marco comunitario. Sin embargo, las competencias fundamentales en materia de política económica general no han sido transferidas a la Comunidad ni en virtud del Tratado ni en el proceso de realización de una unión económica y monetaria (60) y no existe, a pesar de algunas acciones coordinadas, una auténtica política energética común (61), por lo que las medidas de intervención y control sólo pueden ser y son adoptadas en el marco nacional (62).

Estas circunstancias de hecho modifican los términos del problema de la com-

(58) En la exposición de motivos del Real Decreto-ley por el que se creó el Monopolio de Petróleos se indicaba que «el nuevo Monopolio no significa realmente una instauración, sino tan sólo una sustitución; porque, de hecho, en materia de petróleo, vivimos en régimen de Monopolio, producido a favor de pocas, muy pocas entidades privadas...» Estas consideraciones siguen siendo ajustadas a la realidad.

(59) Vid. M. BACHETTA: «The Crisis in Oil Refining in the European Community», *JCMS XVII*, número 2 (diciembre 1978), pp. 97 y ss.

(60) La Resolución de 22 de marzo de 1971, relativa a la realización por etapas de la unión económica y monetaria de la Comunidad (*JOCE*, 1971, núm. C 28) señala como una de las características fundamentales de la unión en su estadio final la transferencia a la Comunidad de las competencias y responsabilidades necesarias y la necesidad de que las decisiones de política económica se adopten a nivel comunitario. Sin embargo, como es sabido, el paso a la segunda etapa de realización de la unión, previsto para 1974, quedó aplazado indefinidamente por imposibilidad de acuerdo sobre puntos esenciales. La creación del *Sistema Monetario Europeo* en virtud de Resolución del Consejo Europeo de 5 de diciembre de 1978 (cuyo texto puede verse en traducción castellana en esta *Revista*, 1979, núm. 1, pp. 439 y ss.), no ha alterado la distribución básica de competencias en materia de política económica.

(61) A pesar de que ya el 25 de mayo de 1959 se creó un Grupo de Trabajo Interejecutivo para coordinar la actividad de las tres Comunidades europeas en materia de energía y de que la necesidad de la política energética común es generalmente reconocida. Debe destacarse que, en julio de 1976, cinco sociedades petroleras europeas (Compagnie Française des Pétroles, Elf-Aquitaine, ENI, Petrofina y VEBA) dirigieron un memorándum común a la Comisión de las Comunidades europeas, sugiriendo medidas comunitarias en el sector. Vid. M. BACHETTA, op. cit., pp. 107 y ss.; J. CARRIE: «La politique pétrolière de la Communauté Economique Européenne», *Revue de l'Énergie*, 1979, núm. 314, páginas 361 y ss.

(62) Es significativo, en este sentido, que, según datos que suministra M. BACHETTA, op. cit., página 104, Alemania es el único de los países miembros de la Comunidad sin control de precios.

patibilidad de los distintos elementos del monopolio español con el derecho comunitario. Por ejemplo, la existencia del derecho exclusivo de importación de crudos o de la facultad de autorizar discrecionalmente esas importaciones, que formalmente parecen discriminatorios, no lo son materialmente en el contexto real de escasez de crudos tanto en España como en la Comunidad en su actual composición.

Ahora bien, el sistema español, globalmente considerado, está concebido para aislar en la medida de lo posible al mercado nacional (63), finalidad manifiestamente incompatible con la integración en la Comunidad, y, de otro lado, incluso desde una perspectiva puramente nacional se considera generalmente necesaria la reestructuración del mismo, que está expresamente prevista en el Plan Energético Nacional (64). Por ello interesa sobre todo destacar las coordenadas jurídico comunitarias dentro de las cuales ha de enmarcarse esa reestructuración.

Desde esta perspectiva es preciso diseñar un modelo de transformación del monopolio que combine la apertura del mercado con la conservación de los medios necesarios para que el Estado pueda seguir controlando este sector clave de la economía.

La supresión de discriminaciones requerida por el artículo 37 TCEE, se concreta en la exigencia imperativa de garantizar el acceso al mercado español de los productos refinados en la Comunidad, que han de poder ser distribuidos y comercializados en las mismas condiciones que los productos refinados en España. Si se respeta esta condición fundamental, los objetivos de seguridad de abastecimiento, equilibrio de la balanza de pagos, reducción del consumo energético y lucha contra la inflación tienen la suficiente importancia para justificar la posible incidencia restrictiva sobre los intercambios comerciales de medidas tales como la planificación y control de las importaciones de crudos por las empresas de refino, la reglamentación estricta de la distribución y comercialización o el control de los precios (65).

Estas consideraciones, que se inspiran en los criterios establecidos por la jurisprudencia comunitaria para apreciar la licitud de medidas restrictivas de la libre circulación de mercancías (66), vienen reforzadas por la aplicabilidad del artículo 90, apartado 2 del Tratado al monopolio de petróleo.

La operatividad de la excepción establecida en esta disposición en favor de las «empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico gene-

(63) En la exposición de motivos del Real Decreto-ley por el que se creó el Monopolio se indica que éste «debe emancipar la economía nacional... para que la Importación se restrinja a los petróleos crudos».

(64) Vid. en este sentido J. J. RAMON-LACA COTORRUELO y E. SANZ HURTADO, op. cit., pp. 166 y ss.; J. M. TEJERIZO LOPEZ, op. cit., pp. 164 y s.; J. VELARDE FUERTES, op. cit., pp. 301 y s. Por otra parte es importante destacar que el Plan Energético Nacional (referencia *supra*, nota 3) fue presentado en aplicación de los Pactos de la Moncloa, suscritos por las principales fuerzas políticas españolas.

(65) En este sentido es importante tener presente que el artículo 104 del Tratado obliga a los Estados miembros a practicar la política económica necesaria para asegurar el equilibrio de la balanza de pagos y mantener la confianza en su moneda, tratando al mismo tiempo de asegurar un alto grado de empleo y la estabilidad del nivel de precios. El que se trate de una obligación de comportamiento de difícil concreción no excluye su relevancia jurídica.

(66) Vid. nota 29.

ral o que presenten el carácter de un monopolio fiscal» exige, básicamente, la concurrencia de dos condiciones: de un lado, es necesario que la aplicación de determinada norma (o de determinadas normas) del Tratado haga imposible el cumplimiento de la «misión particular» que les ha sido asignada (en el caso de los monopolios fiscales, la misión de procurar ingresos al Estado); pero, además, se requiere que «el desarrollo de los intercambios» no quede afectado «en una medida contraria al interés de la Comunidad» (67).

No es fácil establecer criterios objetivos para la valoración de estas circunstancias, pues, como ha señalado el Tribunal, «la aplicación de esta disposición implica la apreciación de las exigencias inherentes, por una parte, al cumplimiento de la misión particular encomendada a las empresas de que se trata y, por otra parte, a la salvaguardia del interés de la Comunidad», apreciación que «depende de los objetivos de política económica general perseguidos por los Estados miembros bajo la vigilancia de la Comisión» (68).

La norma expresa, pues, un principio de equilibrio entre el interés nacional —que exige la utilización de ciertas empresas como instrumento de política económica en sectores clave o bien como instrumento de política fiscal— y el interés comunitario, que exige que las derogaciones al régimen general del Tratado se reduzcan al mínimo imprescindible y que, en todo caso, la libre circulación de mercancías, fundamento del mercado común, no resulte excesivamente afectada.

La aplicación del artículo 90, apartado 2, al monopolio español no exime, naturalmente, de la obligación de transformarlo para suprimir las discriminaciones a que hace referencia el artículo 37, es decir, para garantizar que los productos refinados en la Comunidad tengan acceso al mercado español en las mismas condiciones que los refinados en España. Sin embargo, puede permitir una mayor flexibilidad en las modalidades concretas de transformación justificando que, en razón de su necesidad para seguir cumpliendo eficazmente las funciones del monopolio como instrumento de política económica —o su función fiscal (69)— se mantengan determinados poderes discrecionales aunque no quede plenamente garantizado que su ejercicio no sea susceptible de dar lugar a discriminaciones.

(67) Lo cual pone de manifiesto que, no obstante la especial referencia de la disposición a las «reglas de competencia», el artículo 90, apartado 2, también constituye una excepción a los preceptos relativos a la libre circulación de mercancías.

(68) Sentencia de 14 de julio de 1971, Ministère Public Luxembourgais/Müller, 10-71, *Rec.* 1971, p. 730.

(69) Desde este punto de vista sería de interés el estudio de la eficacia recaudatoria del monopolio a fin de determinar hasta qué punto la obtención de ingresos por la Hacienda Pública pudiera verse afectada por la desaparición del derecho exclusivo de distribución y comercialización. A este respecto, estimo que hay que incluir dentro de la función fiscal del monopolio desde el punto de vista jurídico comunitario no solamente la recaudación de los impuestos legalmente establecidos —concretamente del Impuesto Especial sobre el Petróleo, sus Derivados y Similares—, sino también los ingresos de la Renta de Petróleos, con independencia de la calificación de éstos conforme al derecho español como ingresos de naturaleza tributaria, posición defendida por C. ALBIÑANA (cit. por J. M. TEJERIZO LOPEZ, op. cit., p. 44, nota 65) y rechazada, en cambio, por este último autor (*Ibidem*) y por R. CALVO ORTEGA (prólogo a la obra de TEJERIZO LOPEZ, p. 10).

### 3. Referencia al régimen francés de importación de productos petrolíferos.

La experiencia de la «transformación» del régimen francés de importación de productos petrolíferos, calificado igualmente como «monopolio nacional de carácter comercial», confirma la corrección de los planteamientos expuestos.

A raíz de una reforma de 1979, que la Comisión ha considerado suficiente para cumplir las exigencias del Derecho comunitario, los elementos fundamentales de dicho régimen pueden sintetizarse señalando que para la importación y distribución de productos derivados del petróleo en Francia es necesario obtener una «autorización especial» que se concede por periodos de tres años a las sociedades que, por una parte, acrediten reunir determinados requisitos de capacidad financiera, técnica y de almacenaje, y, por otra, presenten un plan de aprovisionamiento basado fundamentalmente en contratos a plazo medio con empresas de refino establecidas en la Comunidad, plan que ha de ser aprobado por la Administración. La «autorización especial» lleva consigo una serie de obligaciones legalmente establecidas (70).

La Comisión de las Comunidades europeas considera que «este dispositivo puede ser considerado como constitutivo de una reglamentación de comercio conforme con las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, dado que:

- se basa en el objetivo legítimo de seguridad de los abastecimientos petrolíferos del gobierno francés;
- no va más allá de lo que es necesario para este objetivo;
- y somete a las mismas obligaciones a los productos comercializados en

---

La Comisión de las Comunidades europeas señalaba en las Recomendaciones de 22 de abril de 1969, relativas a los monopolios Italianos de papel de cigarrillos, piedras de encendido y sal, y al monopolio francés de cerillas (JOCE, 1970, núm. L 31) que, en su opinión, la función fiscal de esos monopolios podría ser realizada mediante la imposición ordinaria, por lo que dicha función no justificaba el mantenimiento de los derechos exclusivos o de las restricciones cuya supresión recomendaba en orden al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 37 TCEE.

(70) Para valorar adecuadamente la significación de la reforma de 1979 es preciso tener en cuenta que, con anterioridad, la concesión de las «autorizaciones especiales» se hacía discrecionalmente y, además, se fijaba la «cuota» de carburantes que cada titular de autorización podía distribuir para el consumo en el mercado francés. El sistema cumplía, así, una función proteccionista de los productos refinados en Francia que desaparece al suprimirse las cuotas y al fijarse con publicidad los criterios determinantes de la concesión de las «autorizaciones especiales» (cfr. R. C. BERAUD, op. cit., pp. 584 y s., nota 19; vid. también *Neuvième Rapport sur la politique de concurrence*, Bruselas, 1980, pp. 151 y s.). Sin embargo, esta reforma no resulta de una modificación de la normativa básica establecida en la Ley de 30 de marzo de 1928, sino de disposiciones de rango inferior (Decretos) y, sobre todo, de un anuncio publicado en el *Journal Officiel de la République Française*, de 29 de junio de 1979 (página 1561), en el que se comunica a las empresas candidatas a la obtención de una autorización especial de importación y distribución las condiciones exigidas a tal efecto a partir de 1980. Por otra parte subsiste, naturalmente, un margen irreductible de discrecionalidad en la valoración de esas condiciones.

Francia, sin distinguir entre los que son refinados allí y los que lo son en otros Estados miembros» (71).

Ciertamente en estas consideraciones está ausente toda referencia al artículo 90, apartado 2 del Tratado, disposición que no parece haber sido tomada en cuenta nunca en relación con el régimen francés de importación de productos petrolíferos ni por Francia ni por la Comisión (72). Sin embargo, esta última disposición constituye, a mi juicio, un fundamento jurídico adecuado para justificar las peculiaridades del modelo de transformación de un monopolio de Estado en un sector económico cuyas características hacen necesaria una intervención pública (73).

#### 4. Consideraciones finales.

La aplicación del régimen jurídico comunitario del monopolio de petróleo se concretará en la necesidad de que, al término del período de transición, todos los productos refinados en la Comunidad tengan acceso al mercado español en las mismas condiciones de comercialización.

---

(71) *Bulletin des Communautés européennes*, núm. 6-1979, p. 45. Por otra parte, la Comisión, al considerar retrospectivamente el proceso, señala que «era consciente de la necesidad de encontrar a este difícil problema una solución que, dentro del respeto al Tratado, salvaguardase el objetivo legítimo del gobierno francés de garantizar la seguridad de sus aprovisionamientos petrolíferos» (ibidem, p. 44).

(72) El artículo 90 del Tratado parece haber tenido hasta ahora una escasa proyección práctica. Prueba de ello es que, a pesar de que su apartado 3 confiere a la Comisión la facultad de concretar las disposiciones de los apartados anteriores mediante directivas o decisiones, hasta ahora únicamente ha sido adoptada una Directiva, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas (JOCE, de 29 de julio de 1980, núm. L 195). En su exposición de motivos se precisa que esta Directiva no prejuzga la aplicación del artículo 90, apartado 2.

(73) Ya en 1969 la Comisión adoptó, en relación con el monopolio francés de petróleo, una posición considerablemente más matizada que con respecto a otros monopolios de Estado. En efecto, mientras que, por regla general, sugería la supresión de derechos exclusivos y poderes discrecionales como la mejor solución para alcanzar los objetivos del artículo 37, en la Recomendación de 22 de Diciembre de 1969, relativa al régimen francés de importación de productos petrolíferos (JOCE, 1970, núm. L 31) se limitaba a indicar, por una parte, la necesidad de suprimir una serie de «discriminaciones explícitamente previstas en la legislación en vigor» y, por otra, a señalar la necesidad de que «las medidas adoptadas por las autoridades francesas» en ejercicio de sus poderes discrecionales «no lleven consigo discriminaciones en detrimento de los nacionales de los demás Estados miembros». La Comisión nunca ha fundamentado este enfoque peculiar, que posiblemente haya estado determinado por razones más políticas que jurídicas (en este sentido se ha señalado que la Recomendación de 1969 fue resultado de una larga negociación entre el Gobierno francés y la Comisión, que, renunciando a su rigurosa concepción inicial de la transformación del monopolio, se abstuvo de proponer medidas que pudieran resultar inaceptables para el gobierno francés: J. MEGRET: «L'aménagement des monopoles d'Etat français en exécution de l'article 37 du traité instituant la CEE», RTDE, 1972, p. 558, en p. 565; por su parte, R. C. BERAUD, op. cit., p. 585, se refiere al «carácter eminentemente político del dossier»). Sin embargo, en mi opinión, desde el punto de vista jurídico, la posición de la Comisión podría haber sido fundamentada en el artículo 90, apartado 2 del Tratado.

Este resultado puede ser alcanzado a través de muy distintas vías y es conveniente que nuestros poderes públicos elijan, en tiempo oportuno, la más adecuada para salvaguardar la función del sistema como instrumento de política económica, eliminando sus aspectos proteccionistas (74).

Ciertamente, como ha puesto de relieve H. MATTHIES, cualquier reglamentación de la actividad económica limitada al territorio de un Estado miembro es susceptible de entrar en conflicto con el principio de la libre circulación de mercancías (75). Sin embargo, no es posible privar a los Estados de los medios imprescindibles para controlar el proceso económico global, de cuya conducción siguen siendo básicamente responsables.

Las coordenadas jurídico comunitarias dentro de las cuales ha de enmarcarse la reestructuración del monopolio español de petróleos vienen determinadas por esa contradicción fundamental —que la Comunidad habrá de superar en el futuro— entre la unidad del mercado común y la diversidad de las políticas económicas nacionales.

Madrid, enero de 1981.

---

(74) Desde esta perspectiva parece necesario delimitar rigurosamente los productos petrolíferos cuya importancia económica hace necesario un estricto control estatal (como son, sin duda, los carburantes y combustibles) con respecto a aquéllos que pudieran ser libremente comercializados (así, quizás, los lubricantes, de los que ya en la actualidad se distribuyen en el mercado español productos con distintas marcas nacionales y extranjeras), sin perjuicio de una reglamentación dirigida a proteger los intereses del consumidor. En cuanto a la organización concreta del control estatal de los productos considerados sensibles, depende, naturalmente, de la decisión que se adopte con respecto a la ordenación global del sector. Cabría incluso conservar para esos productos el monopolio de distribución y comercialización a condición, por una parte, de garantizar una efectiva separación entre estas fases y las anteriores y, por otra, de asegurar mediante una reglamentación transparente la igualdad de condiciones de acceso a la red de distribución y comercialización entre productos nacionales e importados. Sin embargo, esta solución, teóricamente defendible, es difícilmente practicable. Parece más razonable unificar la intervención pública en el sector a través de una empresa que integre todas las fases y establecer un sistema de control de importaciones, distribución y comercialización de características análogas al francés. Si se decide actuar en este sentido, conviene tener presente que ni la nacionalización de la industria del petróleo ni el derecho exclusivo de distribuir y comercializar la producción nacional son contrarios al derecho comunitario.

(75) H. MATTHIES: «Die Verantwortung der Mitgliedstaaten für den freien Warenverkehr Im Gemeinsamen Markt», *Festschrift für Hans Peter Ipsen*, Tübinga, 1977, p. 669, en p. 670.

NOTAS

