



**IPN/CNMC/015/17 ANTEPROYECTO DE  
LEY POR LA QUE SE MODIFICA 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**

**12 de septiembre de 2017**

## Índice

<b>I.</b>	<b>ANTECEDENTES</b>	<b>3</b>
<b>II.</b>	<b>CONTENIDO</b>	<b>7</b>
<b>III.</b>	<b>VALORACIÓN</b>	<b>8</b>
<b>III.1</b>	<b>Observaciones generales</b>	<b>8</b>
<b>III.2</b>	<b>Observaciones particulares</b>	<b>10</b>
	<i>III.2.1 Prohibición de ventas a distancia de DSLN .....</i>	<i>10</i>
	<i>III.2.2 Limitaciones a la distribución: reserva de actividad a expendedurías y a “establecimientos especializados” .....</i>	<i>11</i>
	<i>III.2.3 Limitación de venta de otros productos en “establecimientos especializados” .....</i>	<i>12</i>
	<i>III.2.4 Consideración de otros instrumentos de política pública: imposición indirecta.....</i>	<i>13</i>
	<i>III.2.5 Información comercialmente sensible que deben remitir los operadores anualmente .....</i>	<i>13</i>
<b>IV.</b>	<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>	<b>14</b>

**ACUERDO POR EL QUE SE EMITE INFORME (IPN/CNMC/015/17)  
RELATIVO AL ANTEPROYECTO DE LEY POR LA QUE SE MODIFICA 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**

**SALA DE COMPETENCIA**

**PRESIDENTE**

D. José María Marín Quemada

**CONSEJEROS**

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar  
D. Josep Maria Guinart Solà  
D<sup>a</sup>. Clotilde de la Higuera González  
D<sup>a</sup>. María Pilar Canedo Arrillaga

**SECRETARIO**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 12 de septiembre de 2017

Vista la solicitud de informe remitida por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad el 29 de mayo de 2017, en el ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la **SALA DE COMPETENCIA**, acuerda emitir el siguiente *Informe relativo al “Anteproyecto de Ley por la que se modifica 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”*.

**I. ANTECEDENTES**

El [Anteproyecto de Ley por la que se modifica 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](#) (APL, en lo sucesivo) viene acompañado de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN). **Este Informe analiza las implicaciones del proyecto normativo desde el punto de vista de la competencia efectiva en los mercados y la regulación económica eficiente.**

El **sector del tabaco** se encuentra fuertemente regulado. La protección de la salud –derecho constitucionalmente protegido- y la prevención del tabaquismo, especialmente en los jóvenes, exigen intensas medidas regulatorias. La regulación, no obstante, persigue otros objetivos adicionales: el control de la calidad de los productos, la prevención del contrabando, la recaudación tributaria y, aunque con limitaciones, la protección de la libertad de empresa. Para el logro de tales fines destacan dos ámbitos de normas:

- a) **Restricciones al consumo** (en múltiples espacios), a la **venta** (en determinados establecimientos y la prohibición de venta a menores) y a la **publicidad y promoción**. Todas ellas recogidas en 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](#), conocida en su momento como Ley “antitabaco”.
- b) La regulación de aspectos de la **fabricación** (ingredientes, emisiones, aditivos, regulación de calidad y seguridad), **presentación** (etiquetado y advertencias sanitarias) y **comercialización** (de nuevos productos, fundamentalmente). Se trata de una materia armonizada por la legislación de la UE en la [Directiva 2014/40/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco y los productos relacionados y por la que se deroga la Directiva 2001/37/CE](#).

La transposición de la Directiva 2014/40/UE ha tenido lugar recientemente, aunque de forma parcial, como luego se explica, en el [Real Decreto 579/2017, de 19 de junio, por el que se regulan determinados aspectos relativos a la fabricación, presentación y comercialización de los productos del tabaco y los productos relacionados](#)<sup>1</sup>. Este APL completa la transposición de la Directiva en cuestión.

Junto con los productos del tabaco tradicionales, **en los últimos años han emergido los denominados Dispositivos susceptibles de liberación de nicotina (DSLN)**, comúnmente conocidos como cigarrillos electrónicos. Consisten en dispositivos, con cartuchos recargables, a través de cuya boquilla se inhala vapor que contiene nicotina, simulando a los cigarrillos tradicionales<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Esta norma fue objeto de Informe, aunque en una versión anterior, por la CNMC en su [IPN CNMC/019/15 sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se regula la fabricación y venta de productos de tabaco](#).

<sup>2</sup> Los DSLN o cigarrillos electrónicos deben distinguirse de una tercera categoría de productos reciente: **los cigarrillos sin combustión**. Funcionan con un dispositivo que se recarga que calienta el tabaco sin quemarlo y, por tanto, en lugar de fumarse se inhala.

En ocasiones se han anunciado como productos inocuos y sustitutivos del tabaco. Sin embargo, se trata de un producto novedoso del que se desconocen con certeza los efectos a largo plazo y no existen estudios científicos que lo corroboren como método seguro y eficaz para dejar de fumar. Aunque el efecto en la salud de los DSLN es aparentemente menos nocivo que el tabaco convencional, el consenso científico<sup>3</sup> alerta de los riesgos para la salud que tienen a corto plazo: efectos fisiológicos adversos de su uso, detección de sustancias cancerígenas en el líquido y vapor, constancia de intoxicaciones, presencia de una sustancia fuertemente adictiva como la nicotina y otros efectos adversos. La penetración entre adolescentes y adultos jóvenes es notable.

**En 2014<sup>4</sup> tuvo lugar la primera regulación de estos productos y su inclusión en el régimen de la Ley 28/2005, aunque bajo un régimen mucho más laxo que los del tabaco.** Se prohibió el consumo en determinados espacios, la venta a menores de 18 años, e introdujo restricciones a la publicidad –especialmente la dirigida a menores o a su uso terapéutico- y obligaciones de advertencia del contenido en nicotina y que es altamente adictiva, entre otros aspectos.

**La Directiva 2014/40/UE, que este APL transpone parcialmente, regula en un mismo instrumento, por primera vez de forma armonizada a escala de la UE, los productos del tabaco y los productos relacionados.**

El fundamento de la Directiva es doble: i) la protección en un nivel elevado de la salud, especialmente la de los jóvenes, a la vista de la evolución de los conocimientos científicos<sup>5</sup>; y ii) bajo esa premisa, pretende la eliminación de las barreras y obstáculos detectados al funcionamiento del mercado interior ante la heterogeneidad de medidas establecidas en los Estados Miembros. A tales efectos, la Directiva, entre otros aspectos:

- a) Avanza en una mayor regulación de los **productos del tabaco** en diversos ámbitos: advertencias sanitarias combinadas (texto e imágenes) y de mayor tamaño; prohíbe la utilización de aromas y establece un contenido mínimo de venta, en ambos casos para disuadir a la población joven de su consumo y adicción; medidas de trazabilidad, identificador único europeo y exigencias de notificación de productos del tabaco novedosos.
- b) Reglamenta, por primera vez, los **DSLN o cigarrillos electrónicos**. Más concretamente, la Directiva establece en su **art. 20**:

---

<sup>3</sup> [Informe sobre los cigarrillos electrónicos: situación actual, evidencia disponible y regulación](#). Julio de 2014. Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

<sup>4</sup> Ley 3/2014, de 27 de marzo modificó la Ley 28/2005, e introdujo en la regulación de los DSLN en dos nuevas disposiciones adicionales (12ª y 13ª).

<sup>5</sup> También tiene por objeto el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el [Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco](#).

- la obligación de notificación de fabricantes e importadores con amplia información sobre el fabricante, producto y proceso de producción.
  - la cantidad máxima de nicotina y prescripciones en cuanto a su calidad.
  - la inclusión de un folleto con información del producto, riesgos, contraindicaciones, etc.
  - Impone advertencias sanitarias (aunque menos exigentes que en el tabaco).
  - la prohibición de la publicidad y promoción de forma similar (aunque no idéntica) a los productos del tabaco.
  - obligaciones a los fabricantes e importadores de suministrar a los EEMM datos sobre el volumen de ventas desglosado por marca, tipo de producto, modo de venta, información sobre preferencias de grupos de consumidores, etc.
  - determinadas medidas de actuación ante posibles alertas de peligrosidad, mala calidad o riesgo grave para la salud.
- c) Permite (pero no impone) que los países de la UE prohíban las ventas por internet transfronterizas de los productos del tabaco y los productos relacionados.
- d) La regulación de entornos libres de humo, publicidad, venta y otros aspectos son competencia de los EEMM y quedan al margen de la Directiva.

**La transposición de la Directiva anterior se ha realizado en la gran mayoría de sus preceptos con el [Real Decreto 579/2017, de 19 de junio, por el que se regulan determinados aspectos relativos a la fabricación, presentación y comercialización de los productos del tabaco y los productos relacionados](#)<sup>6</sup>. Sin embargo, las diversas prohibiciones a la publicidad, promoción y patrocinio a los DSLN (art. 20.5 de la Directiva) exigía la modificación de la Ley 28/2005. No obstante, el alcance y contenido del APL es más amplio que la mera transposición anterior, como se desarrollará a continuación.**

**Por último, cabe indicar que el sector de DSLN tuvo un rápido crecimiento en nuestro país en cuanto a número de establecimientos, volumen de ventas y empleados tras las restricciones al consumo de tabaco en lugares públicos, alcanzando su culmen en 2013 con alrededor de 3.000 puntos de venta<sup>7</sup>. Tras un fuerte ajuste en 2014 en el que llegaron a cerrar el 95% de los establecimientos, en la actualidad, según la MAIN, operan alrededor de 300 distribuidores minoristas. En 2017 estiman facturar alrededor de 50 millones de euros y emplear a 1.250 trabajadores de forma directa y 1.700 de forma indirecta.**

---

<sup>6</sup> Como antes se ha mencionado, informado un borrador del mismo por la CNMC en el [IPN CNMC/019/15](#).

<sup>7</sup> Según informaciones de la patronal del sector, UPEV y ANFEV.

De los 300 operadores, 275 son tiendas especializadas y sólo el 20% venden a distancia.

Los operadores prevén un aumento del mercado y de la facturación. Además, el grado de penetración del producto en España es muy inferior al de otros países de nuestro entorno, como Reino Unido, Alemania, Francia e Italia.

En cuanto al **eslabón de fabricantes e importadores**, la MAIN no aporta información ni análisis alguno de su estructura y características. Si bien parecía un mercado de especial interés para pymes, tanto la industria farmacéutica como, muy especialmente, la tabaquera, fueron adquiriendo presencia. La industria farmacéutica, por el carácter sustitutivo de los DSLN con los medicamentos para el abandono del tabaquismo. La industria tabaquera, como estrategia de diversificación ante la caída del consumo de cigarrillos en economías avanzadas, pudiendo reorientar en estos productos su infraestructura de producción.

## II. CONTENIDO

El APL consta de un artículo que modifica la Ley 28/2005, una disposición derogatoria y tres finales. El fundamento de la reforma es la transposición de la Directiva 2014/40/UE **en aquellos aspectos que exigen una regulación con rango de ley**. Más concretamente, los siguientes:

- i) Amplía la prohibición existente de las ventas a distancia de productos del tabaco al extender la prohibición a las ventas “a través de los servicios de la sociedad de la información”.
- ii) eleva a rango de ley la vigente prohibición de comercializar del tabaco de uso oral.
- iii) introduce la prohibición de la venta a distancia de los DSLN y envases de recarga.
- iv) regula el régimen de publicidad, promoción y patrocinio de los DSLN y envases de recarga, conforme a la Directiva.

De forma más concreta, las novedades que introduce el APL en la Ley 28/2005 son las siguientes:

- Incluye dentro del objeto de la ley la regulación de la venta, consumo, publicidad, promoción y el patrocinio de los DSLN, a los que dedica un nuevo capítulo III bis en la Ley 28/2005.
- Regula de forma más detallada la prohibición de ventas a distancia de productos del tabaco (añadiendo o “a través de los servicios de la sociedad de la información”) y **extiende esa prohibición de venta a distancia a los DSLN**.
- **Restringe la venta de DSLN únicamente a determinados establecimientos: expendedurías y tiendas especializadas** (nuevo art. 10 bis de la Ley 28/2005).

- Prohíbe la publicidad, promoción y patrocinio de los DSLN. El régimen se asimila aunque no es idéntico- al de los productos del tabaco (nuevo art. 10 quáter de la Ley 28/2005).
- **Mantiene las actuales restricciones al consumo de DSLN en los mismos espacios que prevé la regulación vigente** (mucho menos estricta para los DSLN que las prohibiciones previstas para el tabaco).
- Prohíbe la comercialización del tabaco oral en esta norma con rango de ley (actualmente prohibida por el antes citado RD 579/2017).
- Regula, asimismo, aunque de forma mucho más somera, los productos a base de hierbas para fumar: prohibición de venta o entrega a menores y remisión a futura regulación que precise obligaciones de comercialización y etiquetado (nuevo art 10 quinquies de la Ley 28/2005).
- Adapta el régimen de infracciones y sanciones incluyendo aquellas relativas a DSLN.
- Elimina la habilitación expresa que permitía la venta transfronteriza de productos del tabaco de titulares de expendedorías a personas residentes en otro Estado Miembro de la UE (DF2ª: Modifica la Ley 13/1988 de Ordenación del Mercado de tabacos).

### III. VALORACIÓN

#### III.1 Observaciones generales

El **sector del tabaco se encuentra fuertemente regulado**. El principal objetivo de interés público perseguido es la protección y promoción de la salud y la prevención del tabaquismo como adicción, especialmente de los jóvenes. Para tales fines se han instrumentado restricciones al consumo, venta, publicidad, composición y presentaciones del producto y etiquetado, con probado éxito en las reducciones de las tasas del tabaquismo. No obstante, la protección de la salud no es el único objetivo de interés público que subyace en la regulación. Junto a él se encuentra el control de la calidad de los productos y la prevención del contrabando y comercio ilícito.

**Las restricciones regulatorias a la competencia son por tanto abundantes.** Esta Autoridad comparte plenamente la necesidad de proteger la salud y prevenir el tabaquismo de los ciudadanos y considera que una parte de las restricciones se encuentran fundamentadas por el objetivo de protección de la salud. Muchas derivan, además, de normativa de la UE.

**Sin embargo, existen otras restricciones que no se ajustan a los principios de regulación económica eficiente de obligado cumplimiento en nuestro ordenamiento jurídico**<sup>8</sup>. En base al principio de necesidad, la medida debe estar justificada por una razón imperiosa de interés general,

---

<sup>8</sup> El [art. 129](#) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, [artículos 5](#) y [17](#) de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado y Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, [art. 5](#), entre otros.

basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser un instrumento adecuado para la consecución del objetivo (es decir, ha de haber un nexo causal entre la restricción que se introduce y el interés general que pretende protegerse). En base al principio de proporcionalidad<sup>9</sup> debe garantizarse la mínima distorsión competitiva, es decir, debe elegirse el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue tras constatar que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

La CNMC ha tenido ocasión de analizar regulación aplicable al sector en el pasado en diferentes informes sobre proyectos normativos<sup>10</sup>. En los mismos se ha llamado la atención sobre diversos aspectos:

En primer lugar, sin poner en duda el objetivo de protección de la salud como objetivo principal de interés público, la CNMC **ha cuestionado regulaciones especialmente restrictivas que no presentaban una correcta adecuación con los principios de necesidad y proporcionalidad**. En especial, ha reclamado:

- la remoción del monopolio en la distribución minorista de productos del tabaco (red de expendedurías) o cuando menos la reconfiguración del modelo de concesión en algunas de sus características básicas (acceso, duración, productos que pueden comercializarse, reglas de abastecimiento a puntos de venta con recargo, etc.).
- la eliminación de la reserva de distribución de los DSLN a estancos, farmacias, parafarmacias<sup>11</sup> y tiendas especializadas que el borrador previo al finalmente aprobado RD 579/2017 recogía.
- La mejora del análisis *ex ante* de aquellos instrumentos o herramientas de política pública de intervención en el sector, de forma que se plantee acudir a herramientas menos distorsionadoras de la competencia. La fiscalidad indirecta es un buen ejemplo de instrumento que internaliza de forma eficiente, las externalidades negativas que causa el tabaco, como luego se desarrolla.

En segundo lugar, en relación con las características del sector, **se ha subrayado que la industria tabaquera** es un sector muy concentrado, cuya estructura: elevados costes de entrada, barreras legales y técnicas, economías de escala, fuerte lealtad del consumidor, elevados niveles de concentración y

---

<sup>9</sup> Por tanto "*Proporcionalidad*" no equivale, como indica la MAIN (pág. 11), a que la norma se limite a transponer los aspectos de la Directiva que exigen una norma con rango de ley.

<sup>10</sup> [IPN 112/13 Estatuto Concesional de la red de expendedurías de tabaco y timbre](#) e [IPN 019/15 Proyecto de Real Decreto por el que se regulan la venta, presentación y venta de los productos del tabaco y los productos relacionados](#).

<sup>11</sup> El actual APL mantiene la reserva de distribución a estancos y tiendas especializadas y elimina la de farmacias y parafarmacias.

de simetría, y estabilidad del consumo, no favorece el desarrollo de la competencia potencial<sup>12</sup>.

Por último, entrando en la **valoración propiamente dicha del APL objeto de informe**, el texto introduce una serie de restricciones a la publicidad, promoción y venta de los DSLN, a los que considera “producto relacionado” del tabaco. Restringe las posibilidades de los operadores para competir y acerca el régimen en tales extremos a la regulación de los productos del tabaco. Aunque se trata de un producto relativamente novedoso cuyos riesgos para la salud no están completamente claros, el consenso científico actual, el mandato de la Directiva y el propio principio de cautela son inequívocos en la necesidad de intervención<sup>13</sup>.

Sin embargo, **no todas las medidas del APL vienen impuestas por la Directiva y es ahí donde debe exigirse, de una forma más rigurosa si cabe, un análisis de necesidad y proporcionalidad**. En algunos aspectos (como la prohibición de las ventas a distancia de DSLN) se acompaña de una fundamentación, aunque mejorable, de las restricciones. En otros no consta motivación alguna. Con todo, se detectan los siguientes **aspectos potencialmente restrictivos de la competencia de complejo encaje con los principios de necesidad y proporcionalidad**.

### III.2 Observaciones particulares

#### III.2.1 Prohibición de ventas a distancia de DSLN

El art. 10.bis.2 prohíbe **las ventas a distancia de DSLN y envases de recarga a través de los servicios de la sociedad de la información**. La medida no está impuesta por la Directiva, ya que ésta únicamente “habilita” a que los EE.MM introduzcan la prohibición de ventas a distancia transfronteriza<sup>14</sup>. Según la MAIN, la prohibición no es absoluta al permitir la venta (exportación) a consumidores en otros EEMM que no hayan prohibido la venta a distancia, lo que podría compensar en parte el impacto de la caída en las ventas que sufrirán los establecimientos.

La MAIN fundamenta (págs. 8 a 10) la restricción alegando que dado que existen datos sobre sus efectos nocivos a corto plazo y de su papel en la adicción a la nicotina, es necesario fomentar el control de las ventas de estos productos. En concreto, continúa la argumentación, a través de ese canal es difícil cumplir con las prohibiciones de publicidad y promoción y con los requisitos de advertencias sanitarias y etiquetado; facilita el acceso a menores

---

<sup>12</sup> Se encuentra entre los sectores con mayor riesgo potencial de conductas anticompetitivas *Vid.* « [Antitrust Risk in EU manufacturing: A sector-level ranking](#) ». ANTONIELLI M.& MARINIELLO.M. BRUEGEL WORKING PAPER 2014/07. Y en efecto, así lo prueban precedentes de expedientes sancionadores en el ámbito nacional e internacional.

<sup>13</sup> Confirmado por la [STJUE de 4 de mayo de 2016, caso \*Pillbox 38\*](#), párrafo 55.

<sup>14</sup> Art. 20.6 y 18 de la Directiva 2014/40 UE

de edad al no existir dispositivos eficaces de control; y es un potente foco de entrada de productos ilícitos. Aportan un triple fundamento de la medida: salud pública, control de ventas a menores y control de mercado, e incluye diversos estudios académicos en el Anexo de la MAIN como fundamentación de la medida.

Se valora positivamente el esfuerzo por justificar la medida. **Esta medida constituye una restricción severa a la capacidad de competir de los operadores** ya instalados y supone una disminución del interés de potenciales nuevos entrantes en el mercado, que verán reducido su modelo de negocio a través de un canal de comercialización de previsible importancia en el corto plazo. De igual forma, debe subrayarse que exigiendo un establecimiento físico puede estar excluyéndose de participar en el mercado a operadores de pequeño tamaño frente a otros que quizás cuenten con una mayor disponibilidad financiera<sup>15</sup>.

Cabe señalar, adicionalmente, que la proporcionalidad del instrumento no es evidente y deberían al menos analizarse alternativas menos distorsionadoras. De hecho, esta medida de prohibición de comercialización por venta a distancia no se aplica en algunos de los países de nuestro entorno más cercano<sup>16</sup>.

Incluso, si lo que se persigue es la salud pública y el control de su venta a menores, podrían ser razonables todas aquellas medidas que sin establecer una prohibición contengan mecanismos garantistas de la verificación fehaciente de la edad del comprador. De igual forma, cabría en su caso plantearse el reforzamiento de actuaciones ex post, tanto en el caso de que los operadores incumplieran lo referente a ventas a menores como en lo relativo a la publicidad, promoción y calidad de los productos, bajo una aplicación efectiva del régimen sancionador que prevé sanciones en tales extremos.

Sería recomendable, en todo caso, una **mayor evidencia del vínculo entre la prohibición de la venta a distancia y los beneficios conseguidos sobre la base de las argumentaciones anteriores. Además, sería procedente un análisis más completo del sector y de las medidas alternativas disponibles.**

### ***III.2.2 Limitaciones a la distribución: reserva de actividad a expendedurías y a “establecimientos especializados”***

---

<sup>15</sup> Frente a esta idea, la MAIN indica que la medida no coarta las posibilidades de mercado al permitir que los establecimientos vendan a clientes de terceros Estados donde esté autorizado.

<sup>16</sup> Reino Unido, Francia, Alemania o Italia, entre otros.

El nuevo art. 10 bis.2 limita la venta de DSLN únicamente a expendedurías y tiendas especializadas<sup>17</sup>, careciéndose de motivación en la exposición de motivos o en la MAIN. Sin estar exigida por la Directiva, esta concesión legal de la exclusividad de venta a ciertos operadores no tiene porqué conducir a disuadir en el consumo y, en caso de que así pretendiera defenderse, en todo caso, debería motivarse adecuadamente, así como analizar otros instrumentos alternativos que se hubieran descartado.

**Se insta, por tanto, a la fundamentación de la racionalidad e interés perseguido, previa aportación de evidencia que lo soporte, y a la prospección de instrumentos alternativos potencialmente menos distorsionadores para la competencia en el sector.** Si se mantuviera que existe una razón de salud pública, cabría valorar medidas alternativas como, por ejemplo, la introducción de una fiscalidad que la acercara a la de los cigarrillos<sup>18</sup>.

### **III.2.3 Limitación de venta de otros productos en “establecimientos especializados”**

El APL no permite a los “establecimientos especializados” la venta de otros productos que no sean DSLN y envases de recarga<sup>19</sup>. La medida restringe la actividad de los operadores, al limitar su libertad de empresa (decisiones de auto organización) y privarles de la posibilidad de conseguir beneficios adicionales a los derivados de la distribución de DSLN.

Cabe recordar que el otro gran tipo de establecimientos de venta, las expendedurías, cuentan<sup>20</sup> con restricciones en la comercialización de productos que no sean de fumador, papelería y librería. No obstante, no son tan severas –no están prohibidas- y han pasado de un régimen de autorización al de declaración responsable, en línea con las recomendaciones del Informe de la CNMC elaborado sobre la normativa<sup>21</sup>.

Esta limitación de los productos objeto de venta en los “establecimientos especializados” no deviene de una exigencia de la Directiva y dado que igualmente no se ha aportado fundamentación alguna sobre su racionalidad, conveniencia y análisis frente a otras alternativas, **se recomienda su**

---

<sup>17</sup> “solo cabe la venta de dispositivos susceptibles de liberación de nicotina y envases de recarga en expendedurías [...]”. El borrador de RD informado por esta CNMC en 2015 incluía también farmacias y parafarmacias.

<sup>18</sup> Los DSLN están sometidos únicamente a un 21% de IVA y no al impuesto especial sobre las labores del tabaco que grava, en su parte variable hasta un 51%, en el caso de los cigarrillos.

<sup>19</sup> El art. 2.1.1) introducido define las tiendas especializadas en la comercialización de DSLN como aquel “establecimiento que efectúe, exclusivamente, entregas al consumidor final de DSLN, tal y como vienen definidos en esta ley y de productos necesarios para su consumo”

<sup>20</sup> De acuerdo con 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](#) (art. 31.4).

<sup>21</sup> El regulador incorporó esta recomendación de la CNMC en su IPN 112/13.

reconsideración y, en caso de mantenerse, su fundamentación desde esas premisas.

#### **III.2.4 Consideración de otros instrumentos de política pública: imposición indirecta**

Se sigue recomendando analizar el conjunto de opciones de política pública para alcanzar la protección de la salud de la forma amplia, efectiva y menos distorsionadora. En la línea de lo ya sugerido por esta Autoridad, se insta a plantearse la utilización de instrumentos como los **impuestos específicos**: reducen el consumo –especialmente de los jóvenes–, internalizan las externalidades negativas en términos de salud pública, nutren de recursos a la Hacienda Pública y acercan el tratamiento fiscal y las reglas de juego a los productos del tabaco (recuérdese que los DSLN se consideran productos sustitutivos o “relacionados” con el tabaco”).

Diversos EE.MM de la UE los han instaurado, y la Comisión Europea lo ha planteado como una opción<sup>22</sup> en la tramitación de la revisión de la Directiva 2011/64/UE del Consejo, de 21 de junio de 2011, relativa a la estructura y los tipos del impuesto especial que grava las labores del tabaco. En línea con lo que pueda decidirse a este respecto a nivel de la UE, parece una línea de trabajo razonable con la información actualmente disponible.

#### **III.2.5 Información comercialmente sensible que deben remitir los operadores anualmente**

Los fabricantes e importadores de DSLN deben remitir a la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación, con carácter anual, información sobre volumen de ventas por marca y tipo de producto, información sobre las preferencias de distintos grupos de consumidores, modo de venta de productos y estudios de mercado para evaluar su evolución y la posible utilización de DSLN como vía de acceso a la nicotina o consumo de tabaco.

---

<sup>22</sup> Aun estando pendiente de un estudio más profundo, la Comisión Europea apunta a que “*The inclusion of e-cigarettes within the scope of excisable goods with a positive excise duty rate can lead to a price increase which might affect the choice of consumers. However the long term health effects of e-cigarettes and nicotine are emerging. On one hand, stakeholders seem to agree that the switch from traditional tobacco products to e-cigarettes should be considered as positive development for a given individual. On the other hand, taxation of these products may discourage young nonsmokers from experimenting with e-cigarettes, and would increase the control of the supply chain, which might have a positive effect on the safety, quality and control of the products in general. The option to design a tax structure to limit the incentives for borderline products should lead to an appropriate level of taxation which could increase the taxation of these products and reduce the incentive to develop them and for consumers to use them as a substitute. An increase in taxation might lead to higher prices which could reduce the demand and have a positive effect on public health. The same applies for raw tobacco sold at retail level. An increase in the price (if the excise duty rate for smoking tobacco is applied) might reduce the demand and influence the public health in a positive way. This analysis will have to be further developed while considering possible options*”.

Se trata de un aspecto regulado no en este APL sino en el reciente RD 579/2017 (art. 27) y exigido en la Directiva. La medida está fundamentada en razones de interés público, no obstante, se alerta de **los riesgos para la competencia que supondría la difusión de esta información con carácter público o entre los propios operadores, por lo que se recomienda que se arbitren las debidas cautelas al respecto.**

#### IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La CNMC ha analizado las implicaciones del Anteproyecto de Ley desde el punto de vista de la competencia efectiva en los mercados y la regulación económica eficiente, realizando las siguientes conclusiones y recomendaciones:

- El **sector del tabaco** se encuentra fuertemente regulado con los principales, aunque no únicos, objetivos de protección de la salud y prevención del tabaquismo como adicción. Otros intereses en juego son el control de la calidad, prevención del contrabando y protección de la libertad de empresa.
- Los **cigarrillos electrónicos** o dispositivos susceptibles de liberación de nicotina (**DSLN**) han emergido en años recientes como **productos potencialmente sustitutivos** del tabaco.
- Sin poner en duda el objetivo de protección de la salud como objetivo principal de interés público, la CNMC **ha cuestionado anteriormente regulaciones especialmente restrictivas que no presentaban una correcta adecuación con los principios de necesidad y proporcionalidad**. En especial, ha reclamado:
  - la remoción del monopolio en la distribución minorista de productos del tabaco (red de expendedurías) o cuando menos la reconfiguración del modelo de concesión en algunas de sus características básicas.
  - la eliminación de la reserva de distribución de los DSLN a determinado tipo de operadores.
  - la mejora del análisis *ex ante* de aquellos instrumentos o herramientas de política pública de intervención en el sector, de forma que se plantee acudir a herramientas menos distorsionadoras de la competencia.

Igualmente, se recomienda la revisión de una serie de **restricciones a la competencia previstas en este proyecto normativo que, sin ser impuestas por la Directiva de la UE, presentan un problema de ajuste a los principios de necesidad y proporcionalidad. En particular:**

- **Prohibición de venta a distancia de DSLN.** Se recomienda analizar alternativas menos distorsionadoras que garanticen los objetivos de interés público como utilizar, en su caso, mecanismos garantistas de verificación fehaciente de la edad así como reforzar la aplicación del régimen sancionador.
- **Reserva de actividad a la distribución de DSLN a expendedurías y a establecimientos especializados.** Se insta a la fundamentación de la racionalidad e interés perseguido, previa aportación de evidencia que lo soporte, y a la prospección de instrumentos alternativos potencialmente menos distorsionadores para la competencia en el sector.
- **Limitación de venta de productos en los establecimientos especializados.** Se recomienda, dado que igualmente no se ha aportado fundamentación sobre su racionalidad y análisis de alternativas, su reconsideración y, en caso de mantenerse, su fundamentación desde las premisas de los principios de necesidad y proporcionalidad.
- **Consideración de otros instrumentos de política pública como la imposición indirecta.** Reduce el consumo –especialmente de los jóvenes-, internaliza las externalidades negativas en términos de salud pública, nutre de recursos a la Hacienda Pública y acerca el tratamiento fiscal y las reglas de juego a los productos del tabaco.
- **Riesgos de la eventual difusión de la información comercial sensible.** Se insta a adoptar las cautelas pertinentes por los posibles efectos negativos sobre la competencia efectiva.

