

## LA REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD DE TABACO EN LA UNIÓN EUROPEA

por **Bernardo Hernández Bataller**

Consejero del Comité Económico y Social de las Comunidades Europeas

### 1.º INTRODUCCIÓN

El tabaco tiene gran influencia en la salud y las enfermedades relacionadas con él son, en la actualidad, la causa de una de cada diez muertes en el mundo, incluido un tercio de las muertes debidas al cáncer. Existe un incremento del consumo global de tabaco, con una previsión de aumento del número de muertes de adultos causadas por el tabaco, una de cada seis en 2030 y que dará lugar a un importante aumento de las enfermedades causadas por el tabaco, como el cáncer, enfermedades cardiovasculares y respiratorias, siendo especialmente preocupantes el aumento del consumo por parte de la población femenina, tanto adulta como adolescente, y la facilidad de acceso a los productos del tabaco de la población muy joven (1).

*(1) Conclusiones del Consejo de la UE sobre el Convenio marco de la OMS para la lucha antitabáquica. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Serie C 174, de 19 de junio, p. 1. También pueden verse las Recomendaciones formuladas por el Comité consultivo de la Comisión para la prevención del cáncer en el Anexo del [doc. COM\(96\) 609 final](#), o bien consultarse las recomendaciones de la Asamblea Mundial de salud de la OMS en el «Tobacco or Health, a status report», OMS, Ginebra, 1997, p. 49.*

El Tercer Plan de Actuación de la OMS (1997-2001) apela a los Estados a disminuir la población fumadora, y establece el derecho de las personas que no fuman a ser protegidas de la exposición involuntaria al humo ambiental de tabaco. Las estrategias de intervención que propone son las que se han mostrado efectivas por la investigación y la experimentación en Europa, demostrando que es posible conseguir una reducción significativa del consumo de tabaco. Entre otras, este Plan de Actuación propone la adopción de medidas de «regulación del mercado» en los aspectos siguientes:

\* *En materia de precios:* por considerar que una política impositiva sobre los productos del tabaco para reducir su consumo, debe aumentar el precio real del tabaco más que la media del índice de inflación.

\* *Por disponibilidad:* al estimar que una legislación que restrinja el acceso a los productos de tabaco a los menores de 18 años, debe eliminar todos los modos impersonales de venta.

- \* Respecto al control del contrabando: en cuanto se deben implantar herramientas eficaces para combatir el contrabando de los productos de tabaco.
- \* En publicidad: ya que una ordenación racional de un producto nocivo para la salud debe conducir a implantar una prohibición total de la publicidad de los productos de tabaco (2).
- \* En control, identificación e información sobre el producto: en cuanto se debe legislar para garantizar que las advertencias sanitarias ocupen al menos el 20% de la superficie de la parte frontal y el 20% de la superficie de la parte trasera de las cajetillas de tabaco y para que los niveles máximos de alquitrán se fijen en 12 miligramos y los de nicotina en 1 mg por cigarrillo.

En la Unión Europea, el consumo de tabaco y más particularmente de cigarrillos es con carácter general un hábito socialmente aceptado, y ha adquirido entre los jóvenes una imagen positiva favorecida por la publicidad. El consumo de tabaco constituye hoy uno de los principales problemas de salud. Concretamente, los peligros ligados al tabaquismo pueden dividirse en dos categorías:

- Los peligros para los propios fumadores, ya que la mitad de ellos acaban siendo víctimas de su tabaquismo, salvo si dejan de fumar. Los estudios sobre los peligros del consumo regular de cigarrillos muestran que el riesgo es elevado para los individuos que han comenzado a fumar al principio de su vida de adultos y que nunca lo han dejado. De forma general, la mitad de todos los fumadores habituales mueren a causa del tabaco, una cuarta parte a una edad avanzada y la otra cuarta parte a una edad media (35-69 años) (3). Las víctimas del tabaco que fallecen a una edad avanzada habrían podido morir de otra enfermedad algunos años más tarde, y según algunos estudios hasta cerca de 20 a 25 años de esperanza de vida. Pero incluso entre 35 y 69 años parar de fumar antes de contraer una enfermedad permite descartar prácticamente todo riesgo de fallecimiento por el tabaco, y parar fumar antes de los 35 años, da aún mejores resultados (4).

(2) La OMS ha acusado a varias multinacionales tabacaleras de intentar obstaculizar las negociaciones encaminadas a elaborar un convenio marco contra el tabaquismo.

(3) DOLL, R.; PETO, R.; WHEATLEY, K.; GRAY, R, y SUTHERLAND, I., 'Mortality in relation to smoking: 40 years observations on male British doctors», *BMJ*, 1994, p. 309.

(4) PETO, R.; LÓPEZ, A. D.; BOREHAM, J.; THUN, M. y HEATH, C. Jr., *Mortality from smoking in developed countries 1950-2000*, Oxford University Press, Oxford, 1994.

- Peligro para la población europea: 0,5 millones de fallecimientos debidos al tabaco cada año (0,4 millones de hombres y 0,1 millones de mujeres). En la mayor parte de los países europeos, los hombres empiezan a fumar antes que las mujeres. Cuando en Europa la epidemia entre los hombres se ha estabilizado a 0,4 millones de fallecimientos al año debidos al tabaco, la epidemia entre las mujeres no cesa de

incrementarse. Entre estos fallecimientos, 0,2 millones son debidos a un cáncer y 0,3 millones a otras enfermedades. Hoy el tabaco es responsable de cerca del 25% del conjunto de los fallecimientos por cáncer en Europa (39% entre los hombres, 8% entre las mujeres, aunque la mortalidad debida al tabaco está en constante incremento entre éstas). Los fallecimientos a una edad avanzada son inevitables, pero las que se producen a una edad media pueden ser evitadas: hoy una cuarta parte de todos los fallecimientos que sobrevienen a edad mediana en Europa son imputables al tabaco. Si los esquemas actuales de mortalidad se mantienen, habrá en los próximos 40 años 20 millones de fallecimientos debidos al tabaco en Europa, la mitad a una edad media y la otra mitad a edad avanzada. Sólo una paralización generalizada del consumo de tabaco entre los fumadores adultos actuales permitiría reducir estas cifras de forma sensible (5).

(5) *PETO, R.; DARBY, S.; DEO, H.; SILCOCKS, P.; WHITLEY, E. y DOLL, R., «Smoking, smoking cessation, and lung cancer in the UK since 1950: combination of national statistics with two casecontrol studies», BMJ, p.321.*

En lo que se refiere a las sutiles consecuencias de la publicidad de un producto como el tabaco, el ejemplo británico es significativo. En este Estado miembro, dos tercios de los fumadores adultos afirman querer dejar de fumar, pero la mitad opina que fumar no puede ser tan peligroso, ya que de lo contrario el Gobierno no autorizaría la publicidad del tabaco (6). El Reino Unido aborda hoy este problema en una propuesta de legislación. Del mismo modo, un informe solicitado por el Ministerio alemán de Sanidad concluye que los datos son tan elocuentes que justifican la adopción de un conjunto de medidas en materia de salud pública que incluya la prohibición de la publicidad (7).

(6) *Economics & Operational Research Division. «Effects of tobacco advertising on tobacco consumption (p. 21). Ministerio de Salud del Reino Unido, 1992.*

(7) *«Advertising and tobacco consumption», Harewinkel & Pohl, Kiel, 1998.*

La publicidad podría considerarse uno de los factores responsables del crecimiento del mercado de los productos del tabaco. La profusión de palabras e imágenes que pretenden elogiar el consumo de productos del tabaco oculta cualquier alusión a la no nocividad del tabaco e incita a los jóvenes a adoptar lo que aparece como un tipo de comportamiento socialmente aceptable (8).

(8) *Mediante un elevado índice de mensajes positivos sobre el tabaco, y por sus especiales características especiales de presentación: las asociaciones con el deporte, la identificación con modelos publicitarios que casi siempre son jóvenes, atractivos, triunfadores, felices, elegantes y sofisticados modelos, resultan claramente efectivos. Recientemente, determinadas compañías están lanzando una campaña mundial con unas «Normas internacionales para la promoción de los productos del tabaco». Mediante esta autorregulación, las empresas pretenden evitar la pro-*

*moción de sus marcas entre los no fumadores, especialmente, entre los más jóvenes. Pero la OMS puntualiza que es imposible evitar que los anuncios lleguen a los niños y adolescentes. Sostiene la organización que la prohibición global de la publicidad o el encarecimiento de las cajetillas sí consiguen, sin embargo, reducir el consumo.*

Existen, pues, motivos basados en la defensa de la salud de las personas que se pueden considerar suficientes para la adopción por parte de los poderes públicos de unas medidas limitativas que lleguen incluso a la prohibición de la publicidad de los productos del tabaco. En la propia Unión Europea se han adoptado una serie de actos jurídicos soluciones para prevenir el tabaquismo (9), y sin embargo cuando se ha adoptado una medida jurídica realmente limitativa, que introducía fuertes restricciones y prohibiciones, mediante la aprobación de la Directiva 98/43/CE el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declarado contraria al ordenamiento jurídico común fundamentalmente por la inadecuación de la base jurídica escogida por la Comisión, no aceptándose por el Tribunal, a pesar de haber incidido los demandantes, la existe de una infracción al sistema de distribución de competencias existente entre las instituciones comunitarias y Estados miembros; dicho sistema se basa en el denominado sistema de «competencia de atribución», que implica que las instituciones comunitarias únicamente ostentan las competencias que específicamente les han sido atribuidas, mientras que, por el contrario, los Estados miembros disponen de la «competencia residual» o de derecho común, de forma que cualesquiera competencias no transferidas a las instituciones comunitarias continúan siendo de titularidad de los Estados miembros. En consecuencia, es condición de validez de las acciones normativas de las instituciones comunitarias la identificación de una base jurídica específica, esto es, de un título competencial específico, en la que dichas acciones puedan hallar amparo, pues en caso contrario las mismas estarían viciadas de invalidez por incompetencia (11), considerando el Tribunal de Justicia que el ámbito material de la Directiva puede ser competencia comunitaria.

*(9) Tal como, por ejemplo, el Programa «Europa contra el Cáncer», la constitución de un Comité Consultivo para la prevención del C las Resoluciones del Consejo de Ministros de 26 de noviembre d relativa a la reducción del tabaquismo en la Unión Europea 18-11-1999 sobre la «garantía de protección de la salud en todas las políticas y acciones de la Comunidad» (DOCE, C n.º 86, de 24-3-2000).*

*(10) Directiva 98/43/CE, de 6 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco (DO L 213, p. 9).*

*(11) Esta tesis mantenía expresamente Juan José Lavilla Rubira, 1999, Seminario celebrado en torno a la Directiva sobre Publicidad y el Patrocinio del Tabaco. Facultad de Ciencias de la Información, Universidad Complutense de Madrid. 4 y 5 de mayo de 1999, ed. Asociación control de la Publicidad.*

En este trabajo se va a analizar la regulación común de la publicidad del tabaco. Para examinar la regulación comunitaria existente, en primer lugar se abordará la relación entre la libertad de expresión en su

vertiente comercial y la posibilidad de introducir medidas en su relación, acto seguido la ordenación de la publicidad de tabaco y, posteriormente, la publicidad de producto en los restantes medios de comunicación, describiendo a grandes rasgos el contenido de la Directiva 98/43/CE, analizando los motivos en base a los cuales el Tribunal de Justicia la anuló (12) y, por último, examinando la propuesta presentada por la Comisión como consecuencia de la referida Sentencia.

*(12) Sentencia de 5 de octubre de 2000, asunto C-376/98, R Federal de Alemania, contra Parlamento Europeo, Consejo de Europea, apoyadas por República Francesa, República de F Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda y por Comisión de las Comunidades Europeas.*

## **2.º LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA POSIBILIDAD DE MEDIDAS LIMITATIVAS**

Resulta útil analizar la posible compatibilidad de la existencia de una medida limitadora de la publicidad en atención a su consideración como derecho fundamental que está protegido por el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (13), revistiendo una importancia particular en tanto que fuente informadora del derecho comunitario (14).

*(13) El artículo 10 CEDH establece lo siguiente. «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende /a libertad de opinión y /a libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañen deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».*

*(14) Sentencias del TJCE, de 15-5-1986, Asunto C-222/84, Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary; y de 18-6-1991, Asunto, C-260/89, ERT.*

La protección de la libertad de expresión tanto en el CEDH, como en términos similares en las Constituciones (15) de los Estados miembros de la Unión Europea, hace que, en virtud del artículo 6-2 (16) del Tratado de la Unión Europea, las libertades de expresión e información se configuren como principios generales del Derecho comunitario europeo y que, en consecuencia, las normas comunitarias de Derecho derivado, como las directivas, tengan que interpretarse de modo que no vulneren esos derechos fundamentales.

*(15) Ángel RODRÍGUEZ, Publicidad de medicamentos en Internet y libertad de expresión, Comunidad Europea*

Aranzadi, junio, 2000, pp. 33 y ss.

(16) El artículo 6-2 del TUE establece que: «La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».

La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos indica que toda forma de expresión merece ser protegida en virtud del artículo 10-1 del Convenio. Esto incluye lo que se denomina habitualmente como »la comunicación comercial« (17), es decir, el suministro de informaciones, la expresión de ideas o la comunicación de imágenes como elementos de la promoción de la actividad comercial y el derecho concomitante de recibir tales comunicaciones. La comunicación comercial está igualmente protegida en derecho comunitario. Pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su jurisprudencia hace la distinción siguiente: la comunicación comercial no contribuye de la misma forma que la expresión política, periodística, literaria o artística en una sociedad democrática (18), a la realización de objetivos de interés social como, por ejemplo, el reforzamiento del debate democrático y de la responsabilidad o la crítica de las opiniones actualmente dominantes con el fin de promover la tolerancia o el cambio. Sin embargo, se reconoce el carácter fundamental de los derechos subjetivos no solamente a causa de sus funciones instrumentales y sociales, sino también porque son necesarios para la autonomía, la dignidad y el desarrollo personal de los sujetos (19). Así, la libertad para los individuos de promover actividades comerciales no deriva solamente de su derecho a ejercer una actividad comercial y del compromiso general, en el contexto comunitario, en una economía basada en la libre competencia, sino también de su inherente derecho como seres humanos a expresar y recibir libremente opiniones sobre cualquier asunto, incluidas las cualidades de las mercancías o los servicios que comercializan o adquieren.

(17) Véase las Sentencias del ETD de 20-11-1989 (*Markt Intern/Alemania*); 28-3-1990 (*Groppera/Suiza*); 23-2-1994 (*Casado Coca/España*). En Derecho comunitario, en el «Libro Verde sobre las comunicaciones comerciales en el mercado interior» (COM (96) 192 final) las define como «todo tipo de comunicación que tenga por finalidad la promoción de los productos, los servicios o la imagen de una empresa u organización entre los consumidores finales o los distribuidores».

(18) Puntos 152 y [ss. de](#) las Conclusiones del Abogado General, Sr. Nial Fennelly, en el asunto C-376/98.

(19) Para una referencia a las funciones a la vez social y personal de la libertad de expresión, hay que examinar la Sentencia del ETD de 7 de diciembre de 1976 (*Handyside/Reino Unido*).

Por otro lado, resulta claro que el ejercicio de la libertad de expresión, como el de otros derechos o libertades, puede ser sometido a restricciones proporcionadas con el fin de garantizar el disfrute de sus derechos por otros sujetos o el logro de determinados objetivos por el bien público. La protección de la salud

constituye uno de dichos motivos, citado por el artículo 10-2.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en base al cual se puede facultar la autorización de imposición de restricciones a la libertad de expresión. En el ámbito comunitario, el TJCE (20) ha señalado la primacía de la protección de la salud humana entre los objetivos de interés general enumerados en el actual artículo 30 del Tratado de la Comunidad Europea, y evidentemente, esto funda políticas propias de la Comunidad basadas en los artículos 95-3.º y 152-1 del Tratado.

*(20) Sentencia TJCE de 10-11-1994, Asunto C-320/93, Ortscheit.*

No obstante, dado el carácter fundamental de la libertad de expresión, el interés público en limitar su ejercicio en circunstancias específicas o para fines específicos debe ser demostrado por la autoridad pública que proponga o establezca la limitación, en particular, los poderes públicos deben acreditar el cumplimiento de los tres componentes del denominado «test de la proporcionalidad», a saber, que:

- las limitaciones vengan descritas en la norma,
- persigan una finalidad legítima, y
- exista equilibrio entre la limitación impuesta y el fin legítimo perseguido.

El TJCE y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos adoptan criterios similares respecto a la posibilidad de adopción por parte de los poderes públicos de limitaciones a la comunicación publicitaria. Así, el TJCE (21) ha interpretado, con anterioridad, otras normativas nacionales que comportan una exclusión total de la publicidad, considerando, como regla general, que la protección de los consumidores, de la salud pública y la lealtad de las transacciones comerciales puede estar garantizada, en tales casos, por medidas menos restrictivas de la libre circulación automática de la publicidad; por ejemplo, a través de un sistema según el cual está prohibida la publicidad relativa a sustancias que no estén expresamente catalogadas en un registro público, señalando en dicho asunto que el control nacional podría consistir en la obligación para el fabricante o el distribuidor del producto de aportar, en caso de duda, la prueba de la exactitud de las indicaciones publicitarias, tal como establece el artículo 6 de la Directiva sobre publicidad engañosa (22).

*(21) Sentencia del TJCE de 28-1-1999, asunto C- 77/97, Unilever/Smithkline. La sociedad Smithkline distribuye en Austria unos dentífricos fabricados por otras sociedades en Alemania, país éste donde también se comercializaban. Unilever solicitaba que se prohibiesen de la publicidad realizada por Smithkline, en la que indicaba que sus productos constituyen una prevención de la caries e elimina el sarro, por ser contrarias dichas menciones y no ajustarse a la ley austriaca.*

(22) *Directiva 84/450/CEE del Consejo de 10 septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa (DO L 250, p. 17).*

Aunque en el sistema de protección de los derechos humanos, a nivel nacional, son los propios Estados los que controlan el margen de apreciación del establecimiento de los límites, este margen de apreciación no atribuye a los Estados un poder ilimitado y este margen de apreciación se ve sometido a la supervisión europea (23) del referido Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

(23) *Sentencia Handside, ya citada supra.*

La Convención Europea de Derechos Humanos exige en principio que las partes contratantes suministren pruebas convincentes de la necesidad social urgente de limitar la libertad de expresión (24). Pero el TEDH ha adoptado un enfoque diferente en el caso de la comunicación comercial: sus límites son aceptables cuando las autoridades competentes, «por motivos razonables han considerado que estas restricciones eran necesarias» (25). Tal diferencia de tratamiento está justificada en base al modo diferente de interacción de la comunicación comercial y, por ejemplo, de la comunicación política con las cuestiones de interés general. Así, la comunicación política en sí misma sirve intereses sociales extremadamente importantes; además de esto su papel de promoción de la actividad económica, en atención a la cual el legislador goza de poderes de apreciación considerables para imponer restricciones de interés general, a la libertad de comunicación comercial que no cumple una función social tan amplia de igual importancia, más de su función en la promoción de la actividad económica, respecto de la cual el legislador dispone de una amplia discrecionalidad para imponer restricciones en razón del interés público.

(24) *Sentencias TEDH de 26-4-1979, Sunday Times/Reino-Unido y 26-11-1991, Observer & Gardian/Reino Unido.*

(25) *Véase Sentencias citadas en la nota n.º 17\*\*\*\*\**

Por ello, también en el ámbito comunitario para adoptar una medida que afecte a la libertad de comunicación comercial, el legislador comunitario deberá demostrar existían motivos razonables de interés público par adopción de dicha medida con relación al interés general existente. En términos concretos, deberá proba manera consistente que la medida será eficaz para seguir el objetivo de interés público invocado y de otras medidas menos restrictivas no habrían sido i mente eficaces.

A tenor de lo anterior, hay que tener en cuenta que naturaleza jurídica de la publicidad, se combinan v facetas, ya que por una parte el TJCE en su jurisprudencia ha señalado que la publicidad es una actividad



nómica (26) que constituye un servicio (27) y, por parte, está la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que forma parte del ordenamiento comunitario, y que la considera incluida dentro del artículo 10, aunque ambos aspectos -actividad económica y derecho fundamental- coinciden y no resultan incompatibles entre sí.

*(26) Respecto a lo que debe ser considerado como «actividad económica», el TJCE interpreta que no toda actividad puede ser considerada como tal, salvo que constituye una actividad económica en el sentido del artículo 2 del Tratado.*

*(27) Sentencia TJCE 30-4-1974, asunto C-155/73, G. Sacchi; 18-3-1980, asunto C-52/1979, Procureur du Roi contra Marc JVC Debaubre y otros.*

De la doctrina jurisprudencial existente se desprende el carácter lícito de una actividad económica -y la posibilidad práctica de prohibirla- no implica que ésta tenga un efecto nocivo que el legislador pueda buscar controlar en beneficio del interés general, como su en el ámbito publicitario (por ejemplo, en productos como armas, juguetes y tabaco).

Por ello, los productores de tabaco permanecen libres para comercializar sus productos, sobre los cuales tienen en definitiva los derechos de comunicación como y pueden, si las reglas nacionales les autorizan, efectuar la publicidad de los mismos en determinados sitios, por ejemplo en los puntos de venta. Y así, respecto al tema de la publicidad del tabaco, el Abogado General Sr. Nial Fennelly, en el punto 175 de sus conclusiones (28), concluye que la «directiva sobre publicidad de tabaco constituye una restricción desproporcionada a la libertad de expresión en la medida en que impone una prohibición de amplio alcance de la publicidad de los productos de tabaco», aunque a lo largo de las referidas conclusiones apoyase la ilicitud de la Directiva por otros motivos que analizarán más adelante.

*(28) Asunto C-376/98.*

### **3.º LA PUBLICIDAD TELEVISIVA**

A nivel comunitario está regulada en la Directiva 89/552/CEE sobre coordinación de determinadas disposiciones legales, administrativas y reglamentarias de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisivas (29), modificada por la Directiva 97/36/CE, de 30 de junio (30).

*(29) Directiva 89/552/CEE del Consejo de 3 de octubre de 1989 (DO L 298, p. 23).*

*(30) Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 1997 (DO L 202, p. 60).*

Esta Directiva constituye el marco legal de la actividad de radiodifusión televisiva en el mercado interior,

figurando como su principal objetivo la eliminación de obstáculos existentes que impiden la creación de un marco jurídico adecuado para la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento, armonizando las normativas de los diferentes Estados miembros. A tenor de la modificación producida en el año 1997 (31), se considera fundamental una intervención comunitaria en los servicios comparables a la radiodifusión televisiva con el fin de impedir que se lesionen los principios fundamentales por los que debe regirse la información y que se creen profundas disparidades desde el punto de vista de la libre circulación y de la competencia, garantizando una situación de competencia leal y equitativa entre los operadores de un mismo sector, conciliando la libre circulación de servicios televisivos con la necesidad de evitar la posibilidad de que se eludan las medidas nacionales que protejan un legítimo interés general (32).

*(31) Considerando 7 y siguientes de la Directiva 97/36/CE, de 30 de junio. Debe subrayarse en este sentido que los considerandos de una Directiva, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (As. 238/1994, García, Rec. 1996, p. 1-1673; As. 76/72, Michel, Rec. 1973, p. 457, tienen un valor jurídico de carácter interpretativo. En su artículo 1.º de la Directiva 97/36/CE, se inserta un nuevo concepto de «organismo de radiodifusión televisiva» más amplio que el contenido en la Directiva 89/552/CE, al definirlos como la persona física o jurídica que asuma la responsabilidad editorial de la composición de las parrillas de los programas televisados con arreglo a la emisión mediante radiodifusión televisiva y que los transmita o los ordene transmitir por un tercero.*

*(32) El concepto de «interés general» ha sido un concepto muy debatido y ha dado origen a una abundante jurisprudencia. A tal efecto, debe tenerse en cuenta la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la libre circulación transfronteriza de servicios (DO C 335 de 9-12-1993, p. 3). El prof. Carlos J. Moreiro González, en «Régimen jurídico comunitario relativo a la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios de las entidades de crédito» de la obra colectiva «Derecho Comunitario Económico», (volumen 1) «Las Libertades Fundamentales», Ed. Collex, 2001, p. 219, respecto a la jurisprudencia del Tribunal relativa a las restricciones al ejercicio de la libre prestación de servicios, señala que las mismas deben reunir cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la consecución del objetivo que persiguen y que sean proporcionadas, es decir, que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Más adelante, en la página 231 de la ob. cit., el Prof. Moreiro señala que, de conformidad con la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para evaluar si un Estado miembro puede imponer una medida nacional determinada que persigue un objetivo imperioso de interés general, habrán de ponderarse los siguientes criterios: que se refiera a un ámbito no armonizado, que no sea discriminatoria, que sea objetivo, que no esté salvaguardado por las disposiciones a las que ya esté sujeto el proveedor de servicios en el Estado de origen. Estos criterios son acumulativos, y en la evaluación de su cumplimiento se interpretará restrictivamente el concepto de interés general correspondiendo a su vez al Estado miembro que impone la medida aportar la prueba de cumplimiento de todos los criterios enunciados.*

Con esta Directiva se pretende lograr una armonización esencial, necesaria y suficiente para garantizar la libre circulación de las emisiones de radiodifusión televisiva en la Comunidad, aunque los Estados miembros

tienen la facultad de aplicar a los organismos de radiodifusión televisiva que estén bajo su jurisdicción normas más estrictas o más detalladas en los ámbitos regulados por la Directiva, incluidas, entre otras, normas relativas a la consecución de objetivos de política lingüística, a la protección del interés público en relación con la función informativa, educativa, cultural y de entretenimiento de la televisión, manteniendo íntegramente el acervo comunitario.

En su artículo 1.º esta Directiva viene a definir el concepto de «publicidad televisada» como «cualquier forma de mensaje televisado a cambio de una remuneración o de un pago similar o bien para fines de autopromoción por una empresa pública o privada en relación con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesión liberal tendente a promover, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o la prestación de servicios incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones».

En cuanto a la televenta (33), se define en el artículo 1.º, apartado f), como la «radiodifusión televisiva de ofertas directas al público con miras al suministro de bienes o a la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones, a cambio de una remuneración».

*(33) La modificación del concepto de «televenta» se lleva a cabo por la Directiva 97/36/CE, que la considera una actividad económica importante para el conjunto de los operadores en el mercado real para los (Considerando 36 y 37).*

El artículo 10 de la Directiva 89/552/CEE, en su versión modificada por el artículo 1, número 12 de la Directiva 97/36/CE, establece una serie de reglas tales como la obligación de identificación, al disponer dicho precepto que «la publicidad televisada y la televenta deberán ser fácilmente identificables y diferenciarse claramente del resto del programa gracias a medios ópticos y/o acústicos» (34); por su parte, en su apartado 3.º se establecía que «la publicidad y la televenta no deberán utilizar técnicas subliminales» (35) y en su apartado 4 se establece la «prohibición de la publicidad y la televenta encubiertas» (36).

*(34) Según JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, La Directiva de televisión (fundamento jurídico, análisis y transposición al derecho de los Estados miembros de la Unión Europea), Editorial Colex, 1995, pp. 291 y ss.: «Se pretende contribuir así a la independencia de redacción en la configuración de la programación, al mantenimiento de una cierta neutralidad en el juego dentro de un mercado libre, así como a proteger al telespectador, como consumidor potencial, frente a la competencia desleal de una publicidad que lesionara este postulado y garantizarle la función informativa y educativa de la televisión». En nuestra doctrina se ha denominado «principio de autenticidad» de los mensajes publicitarios.*

*(35) José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES en la obra cit. supra, p. 294, señala sobre la publicidad subliminal lo siguiente: «Llama, igualmente, la atención que la Directiva no defina el concepto de técnicas subliminales, mientras que, por ejemplo, el de publicidad encubierta, mucho más complejo e intrincado, se delimite con todo detalle. La doctrina*

americana muestra diferentes intentos por definir la publicidad subliminal, siendo la base de todos ellos el tratarse de imágenes o sonidos dirigidos al subconsciente humano. El derecho anglosajón, verdadero pionero en la materia, entiende por técnicas subliminales "cualquier influjo, especialmente mediante la proyección de imágenes durante un tiempo tan limitado que, aparentemente, las hace imperceptibles al 'consciente' del espectador"

(36) La publicidad encubierta, según la definición del artículo 1.º de la Directiva, es «la presentación verbal o visual de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del organismo de radiodifusión televisiva, propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Una presentación se considerará intencionada, en particular, si se hiciere a cambio de una remuneración o de un pago similar, Existen una serie de prácticas que vienen a constituir publicidad encubierta, tales como el product placement, que es la inserción consciente e intencionada de productos o servicios dentro de un programa de cine, vídeo o televisión con ánimo publicitario; el merchandising, que es un fenómeno publicitario en el que con ocasión de una entrevista se aprovecha la ocasión para promocionar un libro, disco, película, obra de teatro o cualquier otro producto del que el entrevistado es autor o productor; o el barder syndication, en el que la firma publicitaria produce ella misma el programa con el único fin de dar relevancia a sus productos, los cuales aparecen con reiteración en escena.

El artículo 13 de la Directiva, en su nueva versión, establece una prohibición, en términos absolutos, de «cualquier forma de publicidad televisada y de televenta de cigarrillos y demás productos del tabaco», mientras que el apartado 2.º del artículo 17 establece la prohibición de patrocinar programas de televisión a las empresas cuya actividad principal sea la fabricación o la venta de cigarrillos y otros productos del tabaco».

Según José Martín y Pérez de Nanclares (37), la Directiva aporta una importante novedad que consiste en la prohibición también de aquellas formas de publicidad indirecta que, aunque no mencionen explícitamente el producto de tabaco, intenten eludir la prohibición de publicidad utilizando marcas, símbolos u otros rasgos distintivos de productos de tabaco o de empresas cuyas actividades principales o conocidas incluyan la producción o venta de tales productos, aunque el alcance del concepto de «publicidad indirecta de tabaco» no se define en el articulado de la Directiva y así queda prohibido el uso de cualquier símbolo o emblema que de forma usual se asocie al tabaco. Este mismo autor opina que, por el contrario, esta disposición no encuentra aplicación alguna en la retransmisión de acontecimientos deportivos o espectáculos de cualquier otra naturaleza, con publicidad propia del tabaco (publicidad estática) o patrocinados por una empresa del sector que sean emitidos por un organismo de televisión.

(37) José MARTIN Y PÉREZ NANCLARES, obra cit., p. 299.

En definitiva, en lo que respecta a la publicidad, patrocinio y televenta emitida por televisión, existen unas reglas claras prohibiendo la publicidad directa e indirecta de los productos del tabaco, a nivel comunitario.

#### 4. LA DIRECTIVA 98/43/CE, DE 6 DE JULIO DE 1998

Este texto tuvo un procedimiento de elaboración largo complejo, puesto que su propuesta inicial data de 1989, bien el 15 de mayo de 1991 (38) la Comisión presentó u propuesta modificada de Directiva relativa a la publicidad de los productos del tabaco, basada en el artículo 100 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. E propuesta establecía la regla general, por la que se prohibía en la Comunidad toda publicidad de los productos tabaco fuera de los establecimientos de venta de tabaco.

El Parlamento Europeo emitió su dictamen el 11 de febrero de 1992 (39) y lo confirmó el 3 de diciembre de 1992 en virtud del procedimiento de codecisión a que hace referencia el artículo 189 B del Tratado CE (40).

Por su parte, el Comité Económico y Social, después largas y complejas deliberaciones, emitió su dictamen el 23 de septiembre de 1992 (41).

A tenor del dictamen del Parlamento Europeo, la Comisión presentó, el 30 de abril de 1992, una nueva propuesta modificada de la Directiva, aprobándose el 12 de febrero de 1998 por el Consejo su Posición Común (42), conformidad con lo dispuesto en el artículo 189 B del Tratado, y la Comisión, en fecha 12-2-1998, emitió la Comunicación sobre la posición común, que fue aprobada Decisión del Parlamento Europeo de 13 de mayo 1998 (43), en la que se hacía constar que esta propuesta normativa sólo representaba un paso en la lucha contra el tabaquismo en la Unión Europea, y que debía inscribirse en el marco de un planteamiento más general sobre consumo de tabaco (44).

*(38) DOCE C 167, de 27 de junio de 1991. Esta propuesta afectaba publicidad de los productos del tabaco a través de la radio, la prensa, carteles, películas y cualquier otro medio o soporte de publicidad.*

*(39) DOCE C 129, de 21 de mayo de 1992, p. 5.*

*(40) DOCE C 67, de 16 de marzo 1992, p. 35, confirmado el 3 diciembre de 1993.*

*(41) DOCE C 313, de 30 de noviembre de 1992, p. 27*

*(42) DOCE C 91, de 26 de marzo de 1998, p. 34.*

*(43) DOCE C 167, de 1 de junio de 1998.*

*(44) Por ello, insistía ala Comisión el Parlamento Europeo en dicha cisión que aplicase simultáneamente las medidas siguientes: - la revisión y actualización de las directivas vigentes relativas al et lado de los productos del tabaco y al contenido de alquitrán de los cigarrillos.*

*- un análisis en profundidad de los aditivos de los productos del tabaco con vistas a regular su utilización y su etiquetado;*

*- un estudio sobre la venta de cigarrillos mediante distribuidores máticos con vistas a su prohibición general;*

*- una evaluación del impacto de los nuevos medios de comunicación como Internet en el consumo de tabaco;*

- una armonización del alza de los impuestos sobre el consumo de tabaco.

Finalmente, el 6 de julio de 1998 se aprobó la Directiva 98/43/CE, que tenía como base jurídica el apartado del artículo 57 y los artículos 66 y 100 A) del Tratado CE (45), y las causas para proceder a una armonización, en dicho supuesto, derivaban de la necesidad de eliminar las barreras u obstáculos existentes, ya que las divergencias entre las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos de tabaco, a juicio de la Comisión, traspasaban las fronteras de los Estados miembros, con los efectos siguientes:

- dificultaban la libre circulación de los productos y la libre prestación de los servicios en este campo, y
- provocaban distorsiones de la competencia, obstaculizando de este modo el funcionamiento del mercado interior.

(45) El artículo 3, h) del Tratado CE incluye entre los instrumentos al cío de la acción que la Comunidad debe desarrollar en aras a la consecución de sus objetivos esenciales contemplados en el artículo 2 del Tratado, «la aproximación de legislaciones nacionales en la medida necesaria para el buen funcionamiento del mercado común. De las disposiciones combinadas de los artículos 3, h) y 100 A) del Tratado CE se infiere que debe procederse a la aproximación de legislaciones cuando:

- las disposiciones nacionales incidan directamente en el establecimiento o el funcionamiento del mercado común;
- la creación de reglas comunes o armonizadas en el plano comunitario sea necesario para garantizar un mejor funcionamiento del mercado común.

Según Lucía Millán Moro, «La armonización de legislaciones en el CEE», ed. Centro de Estudios Constitucionales, el artículo 100-A) es una disposición general en el sentido de que atribuye a la Comunidad unos poderes definidos de modo general, y en cuyo ejercicio no se determina su campo concreto de aplicación. Se configura, en cuanto a las materias que pueden ser objeto de armonización, como un esquema a desarrollar por la Comunidad en aplicación de los poderes generales que le atribuye dicho artículo, es decir, la armonización de legislaciones tiene «por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior».

Por su parte, Alfonso MATRERA, «El mercado único. Sus reglas de funcionamiento», Civitas, 1991, considera que la armonización de legislaciones es una acción dirigida a estructurar normativas comunes que sustituyan en todo o en parte a las estructuras nacionales existentes y garanticen la consecución del objetivo perseguido. Esta acción no sólo responde a la necesidad de eliminar disparidades nacionales que incidan en el buen funcionamiento del mercado interior, sino que se enmarca, asimismo, en la obligación que pesa sobre la Comunidad de velar por el establecimiento de niveles elevados de protección de la salud, la seguridad, el medio ambiente y la protección de los consumidores.

Por ello, las instituciones comunitarias deben definir su política teniendo en cuenta al mismo tiempo la importancia y el alcance real de los obstáculos que han de eliminarse, los intereses económicos en juego y el interés comunitario en emprender una acción normativa. Así, las «disparidades legales», cualquiera que sea su justificación, deberán ser

eliminadas por la vía de la aproximación de las legislaciones nacionales existentes en la materia, al amparo del artículo 100 A), en la medida en que incidan en el buen funcionamiento del mercado interior y constituyan un obstáculo a la libre circulación.

No obstante, la Directiva 98/43/CE dejaba, en aplicación del principio de subsidiariedad, a los Estados miembros la posibilidad de imponer, en determinadas condiciones, los requisitos más estrictos que consideren necesarios para proteger la salud de las personas, aunque la Comisión, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3.º del artículo 100 A), en su propuesta tomase como base de partida un «nivel de protección elevado», ya que dicha Directiva pretendía atender, debidamente, la protección de la salud de las personas, en general, y de los jóvenes en particular, para quienes la publicidad desempeña un papel importante en la promoción del tabaco.

Dada la interdependencia existente entre todos los medios de publicidad (oral, escrita, impresa, radiofónica, televisada y cinematográfica) y, para evitar cualquier riesgo de contravención, la Directiva 98/43/CE incluía todas las clases y medios de publicidad dentro de su ámbito de aplicación, excepto la publicidad televisada (46).

(46) En concreto, su artículo 2 contenía las definiciones siguientes:

- «*productos del tabaco*»: los productos destinados a ser fumados, inhalados, chupados o masticados, siempre que estén constituidos, aunque sólo sea en parte, por tabaco;
- «*publicidad*»: cualquier tipo de comunicación comercial cuyo objetivo o efecto directo o indirecto sea la promoción de un producto del tabaco, incluida la publicidad que, sin mencionar directamente un producto del tabaco, intente eludir la prohibición de la publicidad utilizando nombres, marcas, símbolos u otros elementos distintivos de productos del tabaco. Era una fórmula general adoptada («cualquier tipo de comunicación») que abarcaba el ámbito de aplicación más amplio, y el calificativo de «comercial» sólo iba encaminado a precisar que las comunicaciones artísticas no formaban parte de la publicidad.
- «*patrocinio*»: cualquier contribución, pública o privada, a un acontecimiento o actividad cuyo objetivo o efecto directo o indirecto sea la promoción de un producto del tabaco.
- «*punto de venta de tabaco*», cualquier lugar en el que se vendan productos del tabaco.

El artículo 3-1.º de la Directiva 98/34/CE establecía la prohibición general de toda clase de publicidad que se hacía extensiva al patrocinio. Esta prohibición abarcaba todas las formas de publicidad, tanto la directa como la indirecta, y del patrocinio, así como la distribución gratuita, incluyendo expresamente, aquellas formas indirectas de publicidad que, aún sin mencionar directamente el producto del tabaco, utilicen marcas, emblemas, símbolos o cualquier otro signo distintivo utilizado para los productos del tabaco.

En los apartados 2.º y 3.º del artículo 3 de la Directiva 98/43/CE se establecían las especificaciones

relativas al alcance de la prohibición de la publicidad indirecta mediante la utilización de nombres para la publicidad de productos o servicios, distintos de los del tabaco, en condiciones muy específicas, que eran:

a) la facultad de limitar el alcance de la prohibición, por parte de los Estados miembros, en lo que concernía a la utilización de nombres para la publicidad de productos o servicios distintos de los del tabaco, en condiciones muy específicas, tales como:

- permitir que un nombre que ya se utilice de buena fe a la vez para productos del tabaco y para otros bienes o servicios que hayan sido comercializados u ofrecidos por una misma empresa, o por empresas distintas, antes del 30 de junio de 1998, pudiera utilizarse para la publicidad;
- dicho nombre sólo podría utilizarse bajo un aspecto claramente distintivo del producto del tabaco, y
- siempre que no llevase ningún otro elemento distintivo ya usado para un producto del tabaco.

b) los Estados debían velar por que ningún producto del tabaco llevase el nombre, la marca, el símbolo o cualquier otro elemento distintivo de cualquier otro bien o servicio (para evitar el riesgo de asociación entre marcas), salvo que dicho producto del tabaco estuviera ya comercializado con ese nombre, marca, símbolo o cualquier otro elemento distintivo en fecha 30 de julio de 2001.

c) la prohibición de toda clase de publicidad o patrocinio del tabaco no podría eludirse respecto de ningún bien o servicio que se introdujera en el mercado a partir del 30 de julio de 2001, mediante la utilización de nombres, marcas, símbolos u otros elementos distintivos ya utilizados para un producto del tabaco. A tal fin, la presentación del nombre, marca, símbolo o cualquier otro elemento distintivo del bien o servicio debería ser claramente diferente de la utilizada para el producto del tabaco (47).

*(47) Este régimen jurídico resultaba especialmente inadecuado, ya que:*

- permitía que se pudiera continuar promocionando el nombre o la imagen de determinadas empresas aunque esta imagen fuera igual o semejante a la marca y otros signos distintivos de los productos prohibidos de esa empresa.
- continuaba surtiendo efecto la denominada «función indicadora de la procedencia empresarial» por la utilización de signos distintivos, y
- seguía existiendo el riesgo de asociación de los productos destinados a los jóvenes con los cigarrillos.

*En el debate parlamentario, el Diputado Sr. Hardstaff expuso lo siguiente: «También rechazo las demandas de las compañías que propagandizan otros productos que usan el mismo nombre comercial que las grandes marcas de cigarrillos. Se presenta a personas guapas, jóvenes, atrevidas y elegantes junto al logo de una marca de cigarrillos. ¿Por qué para promover sus productos no usan un logo independiente, un logo que no se asocie con una mercancía*



que mata?

En el ámbito de las excepciones previstas se contemplaban:

- unas materias, cuya competencia de regulación quedaban en manos de los Estados miembros, tales como las comunicaciones entre profesionales que interviniesen en el comercio del tabaco; las disposiciones relativas a los puntos de venta; y la venta de publicaciones procedentes de los terceros países.
- otras materias, ya reguladas por el derecho comunitario, tales como la publicidad de medicamentos de uso humano (48); la publicidad referida a los productos destinados a eliminar la adicción al tabaco y la publicidad televisiva.

(48) Directiva 92/128/CEE, de 31 de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos de uso [humano](#). DO L 113, de 30-4-1992, p. 13.

Por otra parte, el artículo 5 de la Directiva 98/34/CE facultaba a los Estados miembros a establecer requisitos más estrictos con respecto a la publicidad o al patrocinio de productos de tabaco, cuando los consideren necesarios para proteger la salud de las personas.

Dichas normativas, que deben respetar los límites del Tratado, sólo pueden justificarse al amparo de lo previsto en el artículo 59 si la aplicación de la legislación nacional obedece a imperativos relacionados con el interés público y es proporcional a dichos imperativos (49). En el presente supuesto, el imperativo de interés público estaba expresamente indicado en el precepto, que era la «protección de la salud de las personas».

(49) Así, Rafael C. PEWCEN, en «Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la U6», *Obra Colectiva, Derecho Comunitario Económico (Volumen 1), Las Libertades Fundamentales*, Ed. Colex, 2 pp. 174 y ss., señala que puede resumirse la actitud del TJCE respecto a las excepciones con la cita textual del siguiente razonamiento relativo a la compatibilidad de este tipo de medidas nacionales con el Derecho comunitario: «que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no v más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (Sentencia de mayo de 1998, As. C-350/96, *Clean Car*, Rep. p. I-2521, y en igual se citar también la Sentencia de 15 de enero de 1998, As. C-15/96, *Schoening-Kougebetopoulou*, Rep. p. 1-47, apartado 21.). Este mismo autor señala, junto con la posición mayoritaria de la doctrina, que: «las medidas' nacionales deberán, por tanto, someterse a un "test de compatibilidad", es decir, a un control de legalidad comunitaria, para justificar su necesidad. En este examen cabe preguntarse si se cumple, en primer lugar una "causalidad", en tanto que la medida nacional esté directamente

*relacionada con el objetivo de interés general que se persigue; en segundo lugar, si se cumple el "principio de sustitución", si puede pensarse otra medida que, cumpliendo con el mismo objetivo de protección del interés general, suponga un obstáculo menor a la libertad comunitaria; y tercer lugar, si se cumple el principio de proporcionalidad que, en general, pone en relación la repercusión de la medida sobre las libertades fundamentales con el interés general que se protege y, en particular, trata sopesar todos y cada uno de los intereses afectados: por un lado, el de libre circulación como interés comunitario y los intereses del prestador, prestatario y usuario del servicio y, por otro, los intereses generales se intentan proteger».*

Por último, dicha Directiva establecía un período para adaptación a las legislaciones nacionales, fijando una regla general hasta el 30 de julio de 2001, y unas excepciones, en un período transitorio, de un año respecto de prensa escrita, y dos años respecto el patrocinio, que con carácter excepcional, y previa justificación de sus razones, los Estados miembros podrían seguir autorizando patrocinio ya existente de acontecimientos o actividad organizados a escala mundial, siempre que las sumas dicho patrocinio disminuyesen durante este período y q se establecieran medidas de limitación voluntaria.

#### **5.º LA SENTENCIA DEL TJCE DE 5 DE OCTUBR DE 2000**

Nada más publicarse en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, la Directiva 98/347CE fue objeto de divisas impugnaciones ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (50), por parte de la industria y un Estado miembro, así como también fue objeto de una cuestión prejudicial. Uno de estos recursos dio lugar a la Sentencia de 5 de octubre de 2000, recaída en el asunto C-376/98, que anuló la referida Directiva.

*(50) La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala tercera) en asuntos acumulados T-172/98, T-175/98 a 177/98, recaída en virtud recurso de anulación interpuesto por Salamander AG; Una Film «City vue,> GMBH; Alma Media Group Advertising SA & Co. Partnership, Pa Two and Four Advertising, SA, Rythmos Outdoor Advertising, SA, M Center Advertising, SA, Zino Davidoff y Davidoff SA, apoyadas por M kenverband eV, Manifattura Lane Gaetano Marzotto & Figli Spay por caster BV contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión apoyad por la Comisión de las Comunidades Europeas, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y República Francesa. También la Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 2000 recaída en el as 74/99, que tenía por objeto una petición de cuestión prejudicial de la High Court de Justice entre The Queen y Secretary of State for Health y otros e Imperial Tobacco Ltd y otros, en cuyo fallo se acordó no responder a la cuestión prejudicial, al haber sido anulada en su totalidad la Directiva 98/43/CE por la Sentencia recaída en el asunto C-376/98.*

Los demandantes alegaron la invalidez de la Directiva, invocando la existencia de los vicios de inadecuación de la

base jurídica, violación del derecho fundamental a la libertad de expresión, del derecho fundamental a la libertad de expresión, del principio de proporcionalidad, del principio de subsidiariedad, de la obligación de motivación, del derecho de propiedad y que la Directiva resultaba contraria al artículo 28 del Tratado. Sin embargo, el Tribunal centra sus razonamientos sobre la base jurídica, sin entrar en el resto de las violaciones denunciadas. Y así, respecto al debate relativo a la base jurídica de la Directiva, los aspectos más importantes que se debatieron en este asunto fueron los siguientes:

*La elección de los artículos 100A), 57-2.º y 66 del Tratado como base jurídica*, el Estado miembro recurrente en cuanto a «las características del mercado» sostenía, ante el TJCE, que la publicidad de los productos del tabaco es, en esencia, una actividad cuyos efectos no traspasan las fronteras de cada Estado miembro, y señalaba que si bien a menudo el fabricante es el que concibe la publicidad de los productos del tabaco, la presentación concreta del soporte publicitario al consumidor resulta una estrategia orientada a las particularidades de cada mercado, y la forma concreta de la publicidad, el fondo musical, la elección de los colores, así como otros elementos de los productos publicitarios adaptados a las especificidades culturales de cada Estado miembro se determinan a nivel nacional.. No obstante, el TJCE señala que procede verificar si la Directiva contribuía, efectivamente, a:

- eliminar obstáculos a la libre circulación de mercancías y de servicios, de publicidad en periódicos y revistas, carteles, parasoles, ceniceros y publicidad en el cine;
  
- suprimir distorsiones de la competencia.

Procederemos, en primer lugar, a examinar los argumentos del Tribunal, respecto a la eliminación de los obstáculos a la libre circulación de mercancías y de servicios, y a tal efecto, el TJCE considera que (51) de una interpretación conjunta se desprende que: las medidas contempladas en el artículo 95, apartado 1, están destinadas a mejorar las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior, y que un acto adoptado sobre la base de dicho precepto debe tener efectivamente por objeto la mejora de las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado; por ello el Tribunal, al controlar la base jurídica, debe verificar si el acto cuya validez se cuestiona persigue efectivamente los objetivos invocados por el legislador comunitario (52) resultando posible recurrir a la utilización de dicho precepto como base jurídica para evitar la aparición de futuros obstáculos a los intercambios comerciales derivados de la evolución heterogénea de las legislaciones nacionales, siempre que la aparición de tales obstáculos sea probable y la medida de que se trate debe tener por objeto su prevención.

(51) Apartados 76 a 95 de la Sentencia.

(52) Sentencia de 13 de julio de 1995, España/Consejo, asunto C-350/92, Rec. p. 1-1985; y de 13 de mayo de 1997, Alemania/Parlamento y Consejo, asunto C-233/94, Rec. p. 1-2405.

A continuación el TJCE considera respecto a la interpretación del artículo 57-2.º, en relación con el artículo 66, que se refieren expresamente a las medidas destinadas a facilitar el acceso a las actividades de servicio y a su ejercicio y atribuyen al legislador comunitario una competencia para adoptar medidas destinadas a mejorar el funcionamiento del mercado interior.

Por ello, cumpliendo los requisitos de dichos preceptos, no puede impedírsele al legislador comunitario que se funde en esta base jurídica por el hecho de que la protección de la salud pública sea determinante en las decisiones que deben tomarse.

*En cuanto a la eliminación de obstáculos a la libre circulación de mercancías y a la libre prestación de servicios, el TJCE ya había declarado que las restricciones de la publicidad pueden entrar en la categoría de las modalidades de venta mencionadas en la Sentencia «Keck y Mithouard» (53), en la que admite que, debido a las disparidades existentes en las legislaciones existentes en materia de publicidad, es probable que surjan obstáculos a la libre circulación, y así en dicho caso concreto y a tenor del contenido de la Directiva; el TJCE declaró:*

*\* por lo que se refiere a publicidad de productos del tabaco en revistas y periódicos (54), aunque no exista ningún obstáculo, dada la evolución de las legislaciones nacionales de índole cada vez más restrictiva, en el sentido de que la publicidad de estos productos responde a la convicción de que provoca un aumento significativo del consumo de tabaco, el Tribunal considera probable que en el futuro surjan obstáculos a la libre circulación de los productos de prensa, y por ello el artículo 95 del Tratado (55) podría permitir la adopción de una Directiva que prohíba la publicidad de los productos del tabaco en las revistas y periódicos con el fin de garantizar la libre circulación de estos productos de prensa.*

*(53) Véanse las Sentencias de 15 de diciembre de 1993, Hünermund y otros (C-292/92, Rec. p. 1-6787), Sentencia de 9 de febrero de 1995, Leclerc-Siplec (C-412/93, Rec. p. 1-179, y Sentencia de 9 de julio de 1997, De Agostini y TV-Shop (asuntos acumulados C-34/95, C-35/95 y C-36/95, Rec. p. 1-3843).*

*(54) Son los denominados soportes publicitarios «no estáticos y constituyen, generalmente, una prestación de servicios.*

*(55) Véase apartado n.º 98 de la Sentencia, que señala una semejanza con la Directiva 89/552/CEE, que prohíbe la publicidad televisada de los productos del tabaco con el fin de promover la libre transmisión de los programas de televisión.*

*\* No puede justificarse, a juicio del TJCE, gran parte de la prohibición de las clases de publicidad de los productos, por la necesidad de eliminar obstáculos a la libre circulación de soportes publicitarios o a la libre circulación de servicios en el ámbito de la publicidad, como es el caso de la prohibición de la publicidad en carteles, parasoles, ceniceros y otros objetos utilizados en hoteles, restaurantes y cafés (56), así como la prohibición de los anuncios publicitarios en el cine, ya que el propio TJCE considera que estas prohibiciones*

*no contribuyen en absoluto a facilitar los intercambios comerciales de estos productos.*

*(56) Son los denominados soportes publicitarios «no estáticos», y se trata de mercancías.*

A toda lo anterior, cabe añadir, que el TJCE también considera que la Directiva no garantiza la libre circulación de los productos (57) que se ajusten a sus disposiciones, especialmente en lo que respecta a los productos de diversificación (58), el TJCE (59) considera que la regulación contemplada en la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que, cuando se cumplen los requisitos previstos en la misma, los productos de esta clase cuyo comercio está autorizado en un Estado miembro pueden circular libremente en los demás Estados miembros, incluso en aquellos Estados en que tales productos están prohibidos (60). En este sentido es determinante para el Tribunal que la Directiva no contenía ninguna disposición que estableciera la libre circulación de los productos que ajusten a lo dispuesto en ella, a diferencia de otras Directivas que dejan a los Estados miembros la posibilidad de adoptar medidas más estrictas para la protección de interés general (61). Por ello, declara que el legislador comunitario no puede basarse en la necesidad de eliminar obstáculos a la libre circulación de los soportes publicitarios y a la libre prestación de los servicios para adoptar la Directiva sobre la base de los artículos 95, artículo apartado 2.º y artículo 55 del Tratado CE.

*(57) Los artículos 28 a 30 del TCE (antiguos 30 y 36) contienen una prohibición de las restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente. Las restricciones cuantitativas son limitaciones cuantitativas (no pecuniarias) a las importaciones o exportaciones, como los «contingentes» o las «cuotas». Su supresión se llevó a cabo progresivamente, a lo largo de un período transitorio que concluyó en 1969. El concepto de «medida de efecto equivalente» pretende englobar todas las formas de intervención del Estado no contempladas por otras disposiciones específicas del Tratado que produzcan una restricción al comercio intracomunitario. Se trata, por tanto, de una noción compleja y de muy amplio alcance, ya que su objeto es combatir el proteccionismo «indirecto» de los Estados miembros. Véase Salomé SANTOS LORENZO, «Las consecuencias de la libre circulación de mercancías en la Comunidad Europea, Obra Colectiva Derecho Comunitario Económico, Ed. Colex, 2001.*

*(58) Respecto a estos productos, la recurrente alegó que la regulación de dichos productos en la Directiva era tan restrictiva que las empresas que fabrican tales productos deberían o bien cerrar sus establecimientos, o bien soportar grandes costes adicionales, lo que podría provocar importantes trasvases de cuotas de mercado en beneficio de los competidores, por lo que la propia Directiva creaba distorsiones de la competencia hasta entonces inexistentes en mercados ajenos a la industria tabaquera.*

*(59) Véanse los apartados 102 a 105 de la Sentencia, En el apartado 105 el TJCE hace una referencia expresa a otras Directivas que contemplan la posibilidad de adoptar medidas más estrictas para la protección de un interés general, tales como la Directiva 90/239/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1990, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros respecto al contenido máximo de alquitrán de los cigarrillos (DO L 137, p. 36), y el artículo 8, apartado 1 de la Directiva 891662/CEE del Consejo, de 13*

de noviembre de 1989, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de etiquetado de los productos del tabaco (DO L 359, p. I).

(60) En la Sentencia de 6 de julio de 1995, asunto C-470/93, Mars, Rec. P. 1-1923, el TJCE consideró que constituía una «medida de efecto equivalente» una medida nacional que prohibía la importación y comercialización de un producto legalmente comercializado en otro Estado miembro, cuya cantidad había sido aumentada con motivo de una campaña publicitaria de corta duración y cuyo envoltorio contenía la mención «+ 10».

(61) Salomé SANTOS LORENZO, «Las consecuencias de la libre circulación de mercancías en la Comunidad Europea», en la Obra Colectiva Derecho Comunitario Económico (Volumen I), Ed. Colex, 2001, pp. 84 señala: «El mérito de la consecución del mercado interior, y en es de la libre circulación de mercancías, es atribuible en gran me TJCE, que con su jurisprudencia ha ido modulando el tiempo y las a través de las cuales lograr este objetivo.

Así las cosas, en la actualidad puede afirmarse lo siguiente.

1. Las reglamentaciones comerciales que discriminan a los productos importados frente a los productos de fabricación nacional constituyen "medidas de efecto equivalente" prohibidas por el TCE y sólo justificables por las razones contenidas en el artículo 30 del TCE.

2. Las reglamentaciones comerciales se aplican por iguala los p tos importados y a los productos comerciales de fabricación nacional y que se refieren a las modalidades de venta de los mismos (can comercialización, horarios comerciales, precios, publicidad) no yen "medidas de efecto equivalente" y no están, por tanto, prohibid el Tratado. Así, los Estados miembros son libres de regular estos tos y de exigir su aplicación tanto a los productos nacionales como a los importados. Excepcionalmente, y sólo en el caso de que la reglamentación en cuestión produzca, de hecho o de derecho, una discriminación a favor de la producción nacional, se aplicará la prohibición del artículo 28 del TCE.

3. Salvo que exista armonización comunitaria, los Estados miembros son libres de regular también las características de los productos composición, peso, dimensión, etiquetado, etc.). Sin embargo, no pueden exigir su aplicación a los productos importados que hayan sido legalmente fabricados y comercializados en otros Estados miembros impone, por tanto, el principio de reconocimiento mutuo.

4. Si un Estado miembro exige el cumplimiento de su reglamentación comercial sobre "características del producto" a las mercancías procedentes de otro Estado miembro, tal exigencia constituye una "medí efecto equivalente" prohibida por el Tratado. Sólo en el caso de q justificada por alguna de las razones contenidas en el artículo 30 por "exigencias imperativas" escapará de la prohibición contenida en el artículo 28 del TCE.»

Según René JOUET, «La libre circulación de mercancías: la Sen Keck et Mithouard y las nuevas orientaciones de la jurisprudencia 1995, D-23, p. 7: El TJCE especifica que el examen de licitud de una "medida de efecto equivalente" lo debe realizar en tres fases: en primer el objetivo perseguido por el legislador nacional debe ser reconocido como legítimo por el derecho comunitario; en segundo lugar, la disposición nacional ha de resultar apta para permitir la realización del o perseguido; y, en tercer lugar, el objetivo en cuestión no debe poder alcanzarse mediante medidas menos restrictivas de los intercambios comunitarios.

En segundo lugar, y en lo que concierne a las distorsiones de la competencia en el mercado de los productos del tabaco, el TJCE (62) señala que la Directiva tampoco p suprimir distorsiones de la competencia.

(62) *Apartados 112 y siguientes de la Sentencia.*

Según el Tribunal, al prohibir ampliamente la publicidad de los productos del tabaco, la Directiva generalizaría, en el futuro, esta restricción de los modos de competir, limitando en todos los Estados miembros los medios de disponer los operadores económicos para acceder al mercado o para mantenerse en él. El TJCE ha reconocido que las restricciones a la publicidad pueden estar justificadas por motivos de interés general (63). Sin embargo, para estar justificada, cualquiera de estas restricciones también debe ser apropiada para garantizar la realización del objetivo que se propone y no ir más allá de lo necesario para su consecución.

(63) *Véanse en particular, la Sentencia de 25 de julio de 1991, Collective Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Rec. p. 1-4007, y la Sentencia de 28 de octubre de 1999, ARD/Pro Sieben (C-6/98, Rec. p. 7599).*

Ya el Abogado General Sr. Jacobs, en las Conclusiones del asunto C-405/98 (64), señalaba que la prohibición de la publicidad comercial directa, que se refiere a determinados sectores de los medios de comunicación y, en particular, a la prensa especializada destinada a aquellas personas que en dicho supuesto se interesaban por la gastronomía y los vinos, es ineficaz en relación con el objetivo expresamente perseguido, y por tanto, desproporcionada e injustificable en virtud del artículo 36 del Tratado. Sin embargo, a la luz de los objetivos perseguidos, parece justificado prohibir la publicidad que presente el consumo inmoderado desde un ángulo favorable o que incluso aliente el consumo de alcohol más que el de otras bebidas. A este respecto, pueden citarse los anuncios publicitarios que asocian las bebidas publicitarias con la salud, la felicidad, la prosperidad, el éxito, la elegancia, la sofisticación, la seducción sexual o cualidades similarmente deseadas (64).

(64) *Asunto C-405/98, <Konsumentombusdmannen contra Gourmet International Products Aktiebolag>, petición de decisión prejudicial planteada por el Stockholms tingsrátt (Suecia), apartado 61.*

Por ello, el legislador comunitario no puede basarse en la necesidad de suprimir distorsiones de la competencia, bien en el sector de la publicidad, bien en el sector de los productos del tabaco, ya que, según el TJCE, la Directiva no era adecuada para eliminar las distorsiones sensibles de la competencia. El hecho de que los productores y vendedores debiesen recurrir a la competencia basada en los precios para influir en su posición en el mercado en los Estados miembros que tienen una legislación restrictiva no constituía una distorsión de la competencia, sino una restricción de los modos de competir, que se aplicaban de la misma manera a todos los operadores económicos en esos Estados miembros.

De lege *ferenda*, el TJCE señala que el artículo 95 del Tratado habría permitido adoptar una Directiva que

prohíba determinadas clases de publicidad y de patrocinio de los productos de tabaco. No obstante, dado el carácter general de la prohibición de la publicidad y del patrocinio de los productos del tabaco establecida por la Directiva, la anulación parcial de ésta supondría la modificación, por parte del Tribunal de Justicia, de las disposiciones de la Directiva, modificación que incumbe al legislador comunitario. Y esto se debe a que el Tribunal de Justicia no puede anular parcialmente la Directiva, y siendo fundado el recurso, según lo dispuesto en el artículo 231 del Tratado CE, el *-Tribunal de Justicia* declarará *nulo y sin valor ni efecto alguno* el acto *impugnado*», desprendiéndose de ese artículo que la sentencia produce todos los efectos de cosa juzgada, material y formal, y que la nulidad de la Directiva produce efectos *ex tunc*, esto es, efectos retroactivos, considerándose que no ha existido y que por tanto no ha producido efectos jurídicos (65). Toda sentencia de anulación contiene una obligación de hacer que consiste en el restablecimiento de la situación jurídica al estado en que estaba antes de intervenir el acto anulado, pero el Tribunal no podrá establecer en su sentencia las medidas ni recomendaciones necesarias a fin de que se lleve a buen término la ejecución.

(65) Véase Raquel CASTILLEJO MANZANARES, pp. 173 y ss., en *Derecho Procesal Comunitario*, Dirección Fernando M. Mariño, Víctor Moreno Catena y Carlos Moreiro, Ed. Tirant lo Blanc, 2001. Esta autora considera que en base a la jurisprudencia del TJCE (especialmente la Sentencia de 5 de julio de 1995), incluso en caso de Directivas, el Tribunal puede modular el efecto retroactivo de las sentencias de anulación, para preservar la seguridad jurídica, También puede verse el efecto de las sentencias de anulación en SILVA DE LA PUERTA, *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia*, Ed. La Ley, 1993.

## 6.º LA NUEVA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE PUBLICIDAD Y PATROCINIO DE LOS PRODUCTOS DEL TABACO (66)

Esta propuesta, presentada por la Comisión el 30 de mayo de 2001, está destinada a sustituir a la Directiva 98/43/CE, de 6 de julio de 1998, anulada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (67), y su contenido deriva de la interpretación que se hace de la referida Sentencia.

(66) *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco (COM (2001) 283 final).*

(67) *En la ya citada Sentencia de 5 de octubre de 2000 (Asunto C-376/98), Alemania contra el Parlamento Europeo y el Consejo.*

Esta propuesta excluye de su ámbito de aplicación:



- por una parte, aspectos como la publicidad indirecta, el control de los gastos en publicidad realizados por las empresas ni la venta a través de máquinas expendedoras (68);

- por otra parte, una serie de materias ya contempladas en otras Directivas comunitarias, tales como:

\* la publicidad relativa a los medicamentos de uso humano (69). La publicidad referente a los productos destinados a eliminar la adicción al tabaco no entra en el ámbito de aplicación de la propuesta;

\* la publicidad televisada de cigarrillos y otros productos del tabaco, el patrocinio de programas de televisión por parte de personas físicas o jurídicas cuya actividad sea la fabricación o la venta de productos o la prestación de servicios cuya publicidad esté prohibida en dicho medio, y la telecompra de productos del tabaco (70);

\* las disposiciones sobre la utilización de descripciones engañosas en el etiquetado de los productos del tabaco (71).

*(68) La Comisión tiene previsto abordar dichas materias en el marco de una Recomendación, basándose en los artículos 152 y 153 del Tratado.*

*(69) Contemplada en la Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992 relativa a la publicidad de los medicamentos de uso humano. DO L 113 de 30-4-1992, p. 13.*

*(70) Directiva 89/552/CEE del Consejo de 3 de octubre, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, DO L 298, de 17-10-1989, p. 23, Directiva modificada por la Directiva 97/755/CE (DO L 202, de 30-7-1997, p. 60).*

*(71) La Directiva 2001/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de junio de 2001, 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. DO L 194, de 18-7-2001, p. 26. Esta Directiva viene a armonizar el contenido máximo de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono de los cigarrillos a las advertencias sanitarias y otras advertencias que deberán figurar en las unidades de envasado de los productos del tabaco, así como a determinadas medidas relativas a los ingredientes y a las denominaciones de los productos del tabaco. Así, en su artículo 5.2.º establece que todas las unidades de envasado de los productos del tabaco, con excepción del tabaco de uso oral y otros productos del tabaco sin combustión, llevarán obligatoriamente, las advertencias siguientes: una advertencia «general» tal como «fumar mata», «fumar puede matar» o «fumar perjudica gravemente su salud y la de los que están a su alrededor» y otra advertencia adicional tomada de una lista que figura en el Anexo I de la Directiva. Por otra parte, en su artículo 7 establece que, a partir del 30 de septiembre de 2003, no se utilizarán en las unidades de envasado de productos del tabaco textos, nombres, marcas e imágenes u otros signos que den la impresión de que un determinado*

*producto del tabaco es menos nocivo que otros. En el Considerando 27 de la Directiva se hace constar que la utilización en las unidades de envasado de los productos del tabaco de términos tales como «bajo en alquitrán», «ultraligero» o «ultralight (o «ligero) («light»), «suave», o de nombres, dibujos, imágenes u otros signos puede inducir al consumidor a la creencia errónea de que dichos productos son menos nocivos y dar origen a cambios en las pautas de consumo.*

El fundamento jurídico se basa en el apartado 2.º del artículo 47 del Tratado y en los artículos 55 y 95 del Tratado, que prevén un elevado nivel de protección de la salud pública. También se han tenido en cuenta las cuestiones de salud pública planteadas ante la Comisión por los Estados miembros (72). La aproximación de las disposiciones legislativas debería servir para proteger la salud pública, para lo cual se fija como objetivo comunitario evitar que los jóvenes se vean expuestos demasiado temprano a una publicidad que les incite a fumar y les convierta en adictos al tabaco.

*(72) Apartado 8 del artículo 95 del Tratado CE.*

Se pretende con la propuesta armonizar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros con el fin de suprimir los obstáculos al funcionamiento del mercado interior y garantizar la libre circulación de bienes y servicios, ya que la mayoría de los Estados miembros han adoptado medidas legislativas con el fin de regular la publicidad del tabaco y el patrocinio en ese ámbito. El alcance de estas legislaciones nacionales varía en los distintos Estados miembros (73). La propia Comisión distingue tres categorías de Estados miembros según el contenido de su legislación:

- a) los que cuentan con restricciones limitadas en materia de publicidad del tabaco (74);
- b) los que cuentan con una prohibición total de la publicidad del tabaco (75);
- c) los que están en el proceso de una modificación legislativa en curso (76).

*(73) No obstante, todos los Estados miembros han incorporado en sus respectivos ordenamientos jurídicos la Directiva 89/552/CE, que establece la prohibición de publicidad televisada de los productos del tabaco.*

*(74) Luxemburgo, Suecia, España, Grecia, Alemania y Austria.*

*(75) Francia, Italia, Portugal y Finlandia.*

*(76) Reino Unido, Irlanda, Países bajos, Dinamarca y Bélgica.*

Según la Comisión, las diferencias legales nacionales pueden conducir a un refuerzo de los obstáculos par libre circulación de mercancías y servicios relaciona con la publicidad y el patrocinio entre los Estados miembros, y dichos obstáculos deberían ser eliminados.

Ante el argumento muy utilizado por la industria tabaquera consistente en que los productos del tabaco son legal y por ello aplicar prohibiciones muy estrictas a la publicidad de un producto que se vende y circula legalmente resultaría ajustado a derecho, la Comisión hace con que la publicidad es una actividad económica importa que se deriva de los derechos más fundamentales, p no obstante, los legisladores en los Estados miembros han sentido la necesidad de limitar el ejercicio de es derechos con el fin de proteger el «interés público», y particular, la salud. Estas restricciones, que a menudo traducen en una prohibición total, se refieren, en particular, a la publicidad de determinados productos, in pendiente de que su venta sea o no legal, y así, puede constar que los Estados miembros han introducido dichas restricciones en casos como las drogas, las armas de fuego, los productos farmacéuticos, el alcohol, los juguetes, etc.

La propuesta de Directiva, tiene en cuenta los aspectos más debatidos ante el TJCE en el asunto C-376/98, y a

\* Expresamente hace constar que el propósito de la puesta es el de garantizar la libre circulación de los dios de comunicación incluidos y los servicios conexos incluidos en la misma, y a la vez eliminar las barreras al funcionamiento del mercado interior. Así, en concreto, artículo 7 contiene un mandato a los Estados miembros de no poder «prohibir o restringir la libre circulación de productos o servicios que sean conformes a la presente Directiva», sin duda por el reproche contenido en la pro Sentencia de TJCE de 5 de octubre de 2000, que en apartados 102 a 104 constataba la ausencia de una posición que estableciera la libre circulación de los productos que se ajustasen a ella (77).

*(77) El propio apartado 104 de la Sentencia hace una referencia expresa a «.. otras Directivas que dejan a los Estados miembros la posibilidad de adoptar medidas más estrictas para la protección del interés gene citando el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 90/2391CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1990, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros respecto al contenido máximo de alquitrán de los cigarrillos (DO L 137, p. 36), y el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 8916221CEE del Consejo, de 13 de noviembre de 1989, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de etiquetado de los productos del tabaco (DO L 359, p. 1)».*

\* Igualmente, menciona la propuesta que se ajusta al principio de proporcionalidad (78), al considerar necesaria y apropiada la medida para alcanzar el objetivo principal de funcionamiento del mercado interior a fin de establecer normas relativas a la publicidad y al patrocinio de los productos del tabaco, ya que la propia Sentencia consideraba desproporcionada la «prohibición general de la publicidad» (79).

*(78) Así, en el Considerando n.º 16, se hace constar expresamente que la propuesta «... se limita al mínimo necesario para lograr el objetivo perseguido con arreglo al apartado 3 del artículo 5».*

(79) Apartado n.º 110 in fine de la Sentencia TJCE de 5 de octubre de 2000, ya citada.

\* Por último, también se hace constar que la propuesta respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, principalmente los que figuran en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (80), en particular, el respeto a la libertad de expresión.

(80) El artículo 11 de la Carta recoge la libertad de expresión y de información en los siguientes términos: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones e ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas. 2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo». La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no es un texto jurídico vinculante, puesto que sólo fue «proclamada solemnemente» en Niza el 13 de diciembre de 2000, por el Consejo, el Parlamento y la Comisión. DOCE C n.º 364, de 18 de diciembre de 2000, p. 1.

El ámbito de aplicación material de la propuesta abarca la aproximación de las disposiciones en materia de publicidad de los productos del tabaco (81) y de la promoción de los mismos:

a) en los medios de comunicación impresos. Como regla general, se prohíbe toda publicidad de dichos productos en prensa y en otras publicaciones impresas. Ya la sentencia de 5 de octubre de 2000 el TJCE (82) declara que el artículo 95 del Tratado CE podría permitir, en principio, la adopción de una Directiva que prohibiese la publicidad de los productos del tabaco en las revistas y periódicos, con el fin de garantizar la libre circulación de estos productos de prensa.

La propuesta, en lo que respecta a la publicidad en prensa y otras publicaciones impresas, contiene las excepciones siguientes:

- las publicaciones destinadas exclusivamente a los profesionales del comercio del tabaco, y
- las publicaciones editadas e impresas en terceros países, siempre que dichas publicaciones no estén destinadas principalmente al mercado comunitario.

Sobre la posibilidad de determinadas excepciones a la libertad de expresión -en su vertiente comercial-, el TJCE (83) ha seguido la doctrina del TEDH, antes expuesta, al admitir su posibilidad con objeto de mantener el pluralismo de la prensa, y en la medida en que estén previstas por la ley y sean necesarias en sociedad democrática al considerar que no se opone al artículo 28 del Tratado la aplicación por un Estado miembro de una medida limitativa que produzca el efecto de prohibir en su territorio la distribución de una publicación editada en otro Estado miembros siempre y cuando esta prohibición sea proporcionada al mantenimiento del

200

pluralismo de la prensa y que este objetivo no pueda lograrse aplicando medidas menos restrictivas;

*(81) El artículo 2 de la propuesta de Directiva establece la definición de:*

*a) «Productos del tabaco»: los productos destinados a ser fumados, inhalados, chupados o masticados, siempre que estén constituidos, aunque sólo sea en parte, por tabaco.*

*b) «Publicidad», toda forma de comunicación comercial cuyo objetivo o efecto directo o indirecto sea la promoción de un producto del tabaco. Al no exigir en la definición del término «publicidad» el requisito expreso de la «existencia de remuneración» como criterio para determinar si un mensaje es comercial o no, estaría incluida en su ámbito de aplicación la denominada «publicidad clandestina» (que en el ámbito audiovisual también se denomina «emplazamiento de producto», aunque este ámbito no afecta a la propuesta al estar excluida, por motivos bien diferentes, tanto la publicidad televisada, directa e indirecta, como la publicidad en el cine). Sin embargo, esta definición estaría de acuerdo con el criterio, ya fijado por la Comisión en su Libro Verde, «sobre las comunicaciones comerciales en el mercado interior» (COM (96) 192 final), que definía las «comunicaciones comerciales» como todo tipo de comunicación que tenga por finalidad la promoción de los productos, los servicios o la imagen de una empresa u organización entre los consumidores finales o los distribuidores.*

*(82) En el apartado 98 de la Sentencia de 5 de octubre de 2000, asunto C-376/98, se hace una referencia a la Directiva 89/552/CEE, que prohíbe, en su artículo 13, la publicidad televisada de los productos del tabaco con el fin de promover la libre transmisión de los programas de televisión.*

*(83) Véase la Sentencia TJCE 26 de junio de 1997, Asunto C-368/95, Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags-und vertriebs GMBH/Herinrich Bauer Verlag. Se trata de una cuestión prejudicial que se suscitó en el marco de una demanda presentada por una editora de prensa austriaca contra un editor de publicaciones periódicas establecido en Alemania, con objeto de que se ordenara a este último que cesara la venta en territorio austriaco de publicaciones que ofrecen a los lectores la posibilidad de participar en juegos con premios, vulnerando la Ley austriaca de 1992. Puesto que la normativa alemana sobre competencia desleal no contiene ninguna disposición análoga, el órgano jurisdiccional consideró que la prohibición de venta de publicaciones periódicas que resultaba, la ley austriaca podía afectar el comercio intracomunitario.*

b) en las emisiones de radio, el artículo 4 de la propuesta de Directiva prohíbe toda forma de publicidad de productos del tabaco en la radio, estableciendo que los programas de radio no podrán estar patrocinados por empresas cuya actividad principal sea la fabricación de productos del tabaco. Para la Comisión, las emisiones de radio son particularmente atractivos y de fácil acceso para los jóvenes consumidores;

c) en los servicios de la sociedad de la información, entendiéndose por ello los incluidos con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2.º del artículo 1 de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (84), que los define como todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios. A los efectos de dicha definición, se entenderá por:

\* «a distancia», un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente (85);

\* «por vía electrónica», un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético (86);

\* «a petición individual de un destinatario de servicios», un servicio prestado mediante transmisión de datos a petición individual (87).

*(84) La Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998, por el que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, DO L 204 de 21-7-1998, p. 37. Curiosamente, dicha Directiva fue inmediatamente modificada por la Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20-7-1998, que modifica la Directiva 98/34/CE, por la que se establece un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas, DO L 217, de 5-8-1998, p. 18.*

*(85) Según el Anexo V de la Directiva, están excluidos los servicios prestados en presencia física del prestador y del destinatario, aunque impliquen la utilización de dispositivos electrónicos, tales como: a) revisión médica o tratamiento en la consulta de un médico con utilización de equipo electrónico, pero con la presencia física del paciente;*

*b) la consulta en la tienda de un catálogo electrónico en presencia física del cliente;*

*c) reserva de billetes de avión a través de una red de ordenadores realizada en una agencia de viajes en presencia física del cliente;*

*d) juegos electrónicos en un salón recreativo en presencia física del usuario.*

*(86) Según el Anexo V de la Directiva están excluidos:*

*- los servicios cuyo contenido es material, aunque se presten utilizando dispositivos electrónicos, tales como:*

*a) expendeduría automática de billetes (billetes de banco, billetes de ferrocarril);*

*b) acceso a redes de carretera, aparcamientos, etc., de pago, aun cuando en las entradas o salidas haya dispositivos electrónicos que controlen el acceso y aseguren el pago adecuado;*

*- los servicios fuera de línea, tales como la distribución de CD-ROM o de programas informáticos en disquetes;*

*- los servicios no prestados por medio de sistemas electrónicos de tratamiento o almacenamiento de datos, tales como:*

*a) servicios de telefonía vocal;*

*b) servicios de fax y télex;*

*c) servicios prestados por medio de telefonía vocal o fax;*

*d) consulta médica por teléfono o fax;*

*e) consulta jurídica por teléfono o fax;*

*f) marketing directo por teléfono o fax;*

*(87) Según el Anexo V de la Directiva 98/48/CE están excluidos los servicios prestados mediante transmisión de datos sin petición individual y destinados a la recepción simultánea por un número ilimitado de destinatarios (transmisión «punto o multipunto»), como:*

*a) los servicios de radiodifusión televisiva [incluidos los servicios de cuasivídeo a la carta, contemplados en la letra a)*

del artículo 1.º de la Directiva 89/552/CEE].

b) servicios de radiodifusión sonora;

c) teletexto (televisivo);

La propuesta extiende la prohibición de publicidad a los servicios de la sociedad de la información, en el apartado 2.º del artículo 3 de la propuesta, y equipara dicha publicidad a la no autorizada en la prensa y otras publicaciones periódicas, aunque el Considerando 6 incluye a las emisiones de radio que pueden también difundirse a través de los servicios de la sociedad de la información, siéndoles de aplicación a estos servicios la prohibición patrocinar programas por empresas cuya actividad principal sea la fabricación de los productos del tabaco (88).

*(88) Puede existir alguna laguna en la propuesta, en cuanto se puede interpretar que en los servicios de la sociedad de la información q consistan en emisiones de radio podrían ser patrocinados por empresas cuya actividad principal sea la fabricación de productos del tabaco.*

d) por medio del patrocinio de acontecimientos, incluida la distribución gratuita de productos del tabaco.

El «patrocinio» se define en la propuesta como cualquier tipo de contribución, pública o privada, a un acontecimiento, una actividad o un individuo cuyo objetivo o efecto directo o indirecto sea la promoción de un producto tabaco.

Ahora bien, en la propuesta se prohíbe el patrocinio productos del tabaco con alcance transfronterizo por la Comisión considera que, en este supuesto, podría existir un riesgo evidente de distorsión de las condiciones competencia de esta actividad en el mercado interior. Expresamente se hace constar que, precisamente, p eliminar estas distorsiones, es necesario prohibir el patrocinio únicamente para aquellas actividades o eventos alcance transfronterizo, sin limitarlo a un nivel puramente nacional (89).

*(89) Así se hace constar en el Considerando 5 de la Propuesta de Directiva, pues según razona la Comisión n... de otro modo podría constituir un medio de eludir las restricciones aplicadas a la publicidad directa*

A tal efecto, en el artículo 5 propuesta de Directiva, prohíben:

- el patrocinio de acontecimientos o actividades en que participen varios Estados miembros, o que se celebren en varios de ellos o que presenten un alcance transfronterizo, y
- la distribución gratuita de productos del tabaco e marco del patrocinio de los acontecimientos

transfronterizos, cuyo objetivo o efecto directo o indirecto se promoción de dichos productos. Queda, pues, en el bito de la competencia de los Estados miembros limitar o en su caso prohibir en determinados supuestos la distribución gratuita de productos del tabaco, habidas cuenta de su elevado potencial para crear dependencia.

Así, pues, la diferencia existente entre la propuesta de Directiva actualmente en trámite y la Directiva 98/43/CE anulada versa sobre los extremos siguientes:

- \* la propuesta no abarca la publicidad indirecta, ni h referencia alguna a la utilización de marcas sin mencionar el producto;
- \* se restringe la prohibición de publicidad a los me impresos en determinadas circunstancias, los serví de la sociedad de la información y la radio;
- \* existe una limitación de la prohibición de patrocinio a los acontecimientos que posean unos efectos transfronterizos, así como al patrocinio de los programas de radio;
- \* la propuesta restringe la prohibición de distribuciones gratuitas a las que se realicen en el contexto del patrocinio de acontecimientos que tengan efectos transfronterizos;
- \* no permite que los Estados miembros estipulen una serie de requisitos más estrictos, sino que establece el principio de que dichos Estados no deben prohibir o restringir la libre circulación de productos o servicios que sean conformes con la Directiva.

En otro orden de cosas, debe señalarse que la propuesta contiene una serie de medidas concernientes a su futura ejecución y que versan sobre el régimen de las sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales que se adopten en aplicación de la norma una vez aprobada.

Según la propuesta de Directiva, los Estados miembros deben establecer medios adecuados y eficaces, dentro del cumplimiento de su legislación nacional, para controlar la aplicación de las disposiciones adoptadas, mediante la imposición de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, conforme a lo previsto en la Resolución del Consejo sobre la aplicación uniforme y eficaz del Derecho comunitario y sobre las sanciones aplicables por incumplimientos de sus disposiciones relativas al mercado interior (90). La eficacia de las sanciones constituye un elemento dispositivo global que debe garantizar la aplicación de las normas del mercado interior. El artículo 10 del Tratado establece que los Estados miembros adoptarán



todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. La ausencia de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, en caso de incumplimiento del Derecho comunitario podría atentar contra la propia credibilidad de la legislación común y afectaría a la situación de los ciudadanos de la Unión, con el riesgo de atentar, en algunos casos, contra las condiciones de competencia, así como los intereses generales contemplados en las normas comunes. En algunos actos comunitarios ya se incluyen disposiciones relativas a las sanciones en caso de incumplimiento de las medidas en ellos previstas. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia (91) ha precisado que cuando una reglamentación específica que prevea una sanción remita a este respecto a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales, el artículo 10 del Tratado obliga a los Estados miembros a tomar todas las medidas adecuadas que garanticen el alcance y la eficacia del Derecho comunitario, especialmente confiriendo a la sanción elegida carácter efectivo, proporcionado y disuasorio.

*(90) Las instituciones comunitarias han abordado este problema de las sanciones en diversos documentos y resoluciones tales como la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la función de las sanciones en relación con la aplicación de la legislación comunitaria sobre el mercado interior (COM(95) 162 final, y la Resolución del Consejo, de 29 de junio de 1995, sobre la aplicación uniforme y eficaz del Derecho comunitario y sobre las sanciones aplicables por incumplimiento de sus disposiciones relativas al mercado interior, DO C 188, de 22 de junio de 1995, p. 1.*

*(91) En este sentido, la Sentencia del TJCE de 21-9-1989, asunto C-68/88, Comisión/Grecia. El Tribunal recuerda que «cuando una normativa comunitaria no prevé sanciones específicas en caso de infracción de sus disposiciones o se remite, en este punto, a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales, el artículo 5 (hoy artículo 10) obliga a los Estados miembros a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario».*

La transparencia de los regímenes nacionales de sanciones en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario es necesaria para que la Comunidad pueda tener la garantía que los regímenes nacionales sean proporcionados y disuasorios y que la transparencia podrá limitar, por tanto, la intervención de la Comunidad en materia de sanciones a lo estrictamente necesario para el buen funcionamiento del mercado interior en cada sector afectado; por lo que si se observaran graves dificultades para el buen funcionamiento del mercado interior ocasionadas por disparidades de los regímenes nacionales de sanción deberán buscarse soluciones, cuando sea necesario, para garantizar que las sanciones tengan como efecto una aplicación igualmente efectiva de la legislación en la Unión, dentro del respeto de las competencias respectivas de la Comunidad y de los Estados miembros y de los principios del derecho nacional de los Estados miembros, teniendo presentes los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Aunque los Estados miembros conservan una facultad discrecional en cuanto a la elección de las sanciones, deben velar por que las infracciones de la normativa comunitaria sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional de naturaleza e importancia similares y que, en todo caso, confieran a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio.. Además, en relación con las infracciones del Derecho comunitario, las autoridades nacionales deben proceder con la mismas diligencia que emplean en la ejecución de las correspondientes normativas nacionales (92), es más, según la jurisprudencia del TJCE, la sanción prevista debe ser análoga a la aplicable en el caso de infracción de las disposiciones del Derecho nacional de naturaleza e importancia similares y debe ser efectiva, proporcionada y disuasiva.

*(92) En este sentido, la Sentencia del TJCE de 8-7-1999, asunto C-186/98, «María Amélia Nunes, Evangelina de Matos. El Abogado General, F. G. Jacobs en sus conclusiones en el asunto C-186/98 señaló que: «aún conservando la elección de las sanciones, los Estados miembros deben procurar, en particular, que las infracciones del Derecho comunitario sean sancionadas en condiciones análogas de fondo y de procedimiento a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional cuando tengan una índole y una importancia similares y que, en todo caso, confieran un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio a la sanción.*

También contempla la propuesta una obligación de hacer a los Estados miembros consistente en la inclusión de disposiciones que permitan intervenir a las personas u organizaciones con un interés legítimo en la supresión de las actividades no conformes con lo contemplado en la misma. Esta previsión normativa es importante porque en un Estado de Derecho la legislación debe establecer por medio de normas jurídicas generales un equilibrio entre los derechos y obligaciones de cada cual; y en caso de que se lesionen los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico así creado por la violación de una de esas normas debe existir un procedimiento, bien sea de índole administrativo o judicial cuya finalidad sea «hacer justicia» (93) al particular y, al mismo tiempo, restablecer el equilibrio de intereses deseado por el legislador.

*(93) Hacemos referencia al «acceso a la justicia» de los consumidores como concepto autónomo existente en Derecho comunitario que abarca una visión finalista de la resolución de conflictos que incluye tanto a los órganos extrajudiciales como a los judiciales. No hacemos una referencia a «hacer justicia» desde el principio de división de poderes y de la existencia de la potestad jurisdiccional como único cauce para la resolución de controversias.*

La introducción de una noción de interés colectivo en las legislaciones nacionales es bastante reciente: su reconocimiento se ha efectuado progresivamente a lo largo de este siglo y su protección jurisdiccional ha quedado garantizada por medidas que varían según los Estados miembros.

Actualmente, en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros existe una «acción de cesación»

(94) también denominada «inhibitoria», respecto de determinadas prácticas comerciales perjudiciales para el buen funcionamiento del mercado: se trata de un instrumento procesal regulador que permite -tanto a los consumidores como a las empresas- prevenir las consecuencias de determinados abusos.

*(94) El fundamento o la razón de ser de esta pretensión civil se basa en aquellos supuestos en que, cuando se realiza el acto prohibido, con su ejercicio se pretende impedir que llegue a producirse esa actuación que está expresamente prohibida por la norma. Véase, Silvia BARONA OLIVER, Competencia desleal, Ed. Tirant lo Blanc, 1999, pp. 127 y ss. La tutela jurisdiccional inhibitoria es esencialmente preventiva dirigida a la paralización de la actividad prohibida que tiene un carácter permanente o continuado; en este sentido, Rafael BELLIDO PENADÉS, La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil, Ed. Comares, 1998, pp. 103y ss.*

La instauración de vías de recurso adecuadas por los Estados miembros constituye una auténtica obligación, que encuentra su fundamento en el artículo 10 (95) del Tratado, puesto que, en definitiva, se trata de la obligación de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del derecho comunitario.

*(95) El artículo 10 del Tratado CE establece que «Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión.*

*Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado.»*

Las modalidades del acceso a la justicia no se dejan al libre arbitrio de los Estados miembros, ya que las condiciones de fondo y de forma -que por razón de competencia establezcan los Estados miembros- fijadas por las legislaciones nacionales no podrán:

- ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna, ni
- articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la reparación,
- deberán garantizar la plena protección de los derechos que correspondan a los justiciables en virtud del Derecho comunitario.

A estos efectos, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998, «relativa a las acciones cesación en materia de protección de los intereses de consumidores» (96), que pretende aproximar las acciones de cesación destinadas a la protección de los intereses colectivos de los consumidores que se contemplan en Directivas de protección de los derechos de los

consumidores, al objeto de garantizar el buen funcionamiento mercado interior, en cuyo artículo 3.º se entiende por entidad habilitada» cualquier organismo u organización, correctamente constituida con arreglo a la legislación de Estado miembro que posea un interés legítimo en h que se respete la normativa de protección al consumidor.

*(96) DO L 166, de 11-6-1998, p. 51.*

No obstante, la propuesta de Directiva no versa so una materia específica de protección de los consume res, y precisamente por ello su artículo 7-2.º establece que en los textos nacionales de adaptación deberán incluirse disposiciones que permitan a las personas u organizaciones que, según la legislación nacional, puede demostrar un interés legítimo en la retirada de publicidad, patrocinio u otras actividades incompatibles, estableciéndose con carácter optativo por cada Es miembro la posibilidad de establecer un sistema de reclamación consistente en:

- entablar acciones judiciales contra dicha publicidad bien,
- dirigirse a un órgano administrativo competente que se pronuncie sobre las demandas o incoe las diligencias oportunas.

En definitiva, la propuesta de Directiva presentada por la Comisión se ajusta a las determinaciones y razonamientos contenidos en la sentencia del TJCE de 5 de oct de 2000, teniendo en cuenta el deseo político de las instituciones comunitarias en regular esta materia. Una puesta que contuviera más limitaciones a la publicidad los productos de tabaco obligaría a modificar la base jurídica del instrumento comunitario. Mientras tanto, los Estados miembros tendrán la facultad de imponer por motivos de salud pública limitaciones a la publicidad más amplias que las previstas en la normativa comunitaria.

## Colaboradores

### MARTA FRASQUET DELTORO

Es Doctora en Ciencias Económicas y Empresariales y profesora en el área de Comercialización e Investigación de Mercados de la Universidad de Valencia. Su labor investigadora se ha centrado en la distribución comercial, específicamente en aspectos relacionados con las agrupaciones espaciales, la estrategia, y el comportamiento del consumidor.

### INÉS KÜSTER BOLUDA

Es Doctora en Ciencias Empresariales y profesora del Departamento de Dirección de Empresas J.J. Renau (área de Comercialización e Investigación de Mercados) en la Universidad de Valencia e imparte docencia en la Facultad de Economía y en diversos masters.

### CELINA GONZÁLEZ MIERES

Es Profesora Asociada de Comercialización e Investigación de Mercados en la Universidad de Oviedo. Sus líneas de investigación se centran en el riesgo percibido por el consumidor final y las marcas del distribuidor.

### ANA M.ª DÍAZ MARTÍN

Es Profesora Titular de Comercialización e Investigación de Mercados en la Universidad de Oviedo. Entre sus líneas de investigación se encuentran, principalmente, el marketing de servicios y la calidad.

### SANTIAGO GONZÁLEZ HERNANDO

Es Profesor Asociado de Comercialización e Investigación de Mercados en la Universidad de Oviedo. Sus líneas principales de investigación abarcan el marketing de relaciones, el turismo y el marketing sanitario.

### M.ª DE LA CONCEPCIÓN GONZÁLEZ RABANAL

Es Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. Licenciada en Ciencias Políticas por la U. Complutense de Madrid. Actualmente, es Profesora Titular de Universidad del área de Economía Aplicada en la UNED donde dirige varias tesis doctorales inscritas en el Departamento de Economía Aplicada e Historia Económica.