

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. NIAL FENNELLY

presentadas el 15 de junio de 2000 *

Índice

I. Introducción	I-8424
II. Antecedentes y contexto legislativo	I-8426
i) Las disposiciones relevantes del Tratado	I-8426
ii) Otra legislación	I-8427
iii) Antecedentes legislativos de la Directiva sobre publicidad	I-8428
iv) Resumen de la Directiva sobre publicidad	I-8431
III. Admisibilidad	I-8436
IV. Observaciones ante el Tribunal de Justicia	I-8439
i) Base jurídica y competencia	I-8439
ii) Subsidiariedad	I-8443
iii) Proporcionalidad	I-8444
iv) Infracción del artículo 30	I-8445
v) El derecho de propiedad y el derecho a ejercer una actividad económica	I-8445
vi) Libertad de expresión	I-8446
vii) Motivación	I-8447
V. Análisis	I-8447
i) Base jurídica y competencia	I-8447
Introducción	I-8447
La naturaleza de la competencia comunitaria	I-8448
Diferentes objetivos de las competencias comunitaria y nacional	I-8450
El «centro de gravedad» de la Directiva sobre publicidad	I-8452
El ámbito de aplicación del artículo 129, apartado 4, del Tratado	I-8453
Proceso de elaboración de la Directiva	I-8454
Desviación de poder	I-8456
La relevancia del procedimiento de votación en el Consejo	I-8457
El mercado interior	I-8458

* Lengua original: inglés.

Objetivos del mercado interior: valoración concreta	I- 8463
El objetivo de la Directiva sobre publicidad	I- 8467
Obstáculos a los intercambios de mercancías y servicios relacionados con la promoción del tabaco	I- 8468
La aproximación realizada por la Directiva sobre publicidad	I- 8471
Distorsión de la competencia	I- 8475
Consecuencias: invalidez y nulidad parcial	I- 8476
ii) Subsidiariedad	I- 8479
iii) Proporcionalidad	I- 8484
iv) Infracción del artículo 30 del Tratado	I- 8484
v) Violación de derechos económicos	I- 8484
vi) Libertad de expresión	I- 8487
vii) Motivación inadecuada	I- 8495
VI. Costas	I- 8496
VII. Conclusión	I- 8497

I. Introducción

1. Los dos asuntos que se examinan a continuación están relacionados con la validez de la Directiva 98/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y patrocinio de los productos del tabaco¹ (en lo sucesivo, «Directiva» o «Directiva sobre publicidad»). En el primer asunto (en lo sucesivo, «asunto C-376/98» o «Alemania»), Alemania interpuso un recurso de anulación contra la Directiva sobre publicidad con arreglo al artículo 173 del Tratado CE (actualmente artículo 230 CE, tras su modificación). En el segundo asunto (en

lo sucesivo, «asunto C-74/99» o «Imperial Tobacco»), varias compañías que fabrican productos del tabaco interpusieron un recurso en el Reino Unido, ante la High Court of Justice, Queen's Bench Division (Crown Office) (en lo sucesivo, «Tribunal nacional»). Mediante dicho recurso impugnaban, *inter alia*, la intención y/o la obligación del Gobierno del Reino Unido de ejecutar la Directiva. El Tribunal nacional estimó que los demandantes habían planteado argumentos que podían conducir a una declaración de nulidad y resolvió plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

2. Como señaló el Tribunal nacional, la cuestión prejudicial planteada y los motivos del recurso de anulación en el asunto Alemania coinciden en buena medida (aunque no completamente). Dicha cuestión

1 — DO L 213, p. 9.

plantea concisamente los motivos alegados por los demandantes:

«la Directiva 98/43 del Consejo ¿es inválida total o parcialmente, en razón de:

- a) la inadecuación de los artículos 57, apartado 2, 66 y 100 A como su base jurídica;
- b) la violación del derecho fundamental a la libertad de expresión;
- c) la violación del principio de proporcionalidad;
- d) la violación del principio de subsidiariedad;
- e) la violación de la obligación de motivación;
- f) la violación del artículo 222 del Tratado CE y/o del derecho fundamental de propiedad?»

En el asunto Alemania se alega, además, que la Directiva sobre publicidad es contra-

ria al artículo 30 del Tratado CE (actualmente artículo 28 CE, tras su modificación).

3. El problema de la competencia o de la base jurídica es el de mayor importancia en ambos asuntos. La impugnación de la validez de la Directiva por no respetar los principios de proporcionalidad o subsidiariedad, la obligación de motivación o derechos fundamentales, debe ser examinada subsidiariamente, es decir, sólo si el Tribunal de Justicia estima que la base jurídica utilizada era la adecuada para la Directiva.

4. La base jurídica mencionada en la Directiva sobre publicidad se refiere al mercado interior. La competencia de la Comunidad en relación con el mercado interior no se halla *a priori* limitada por competencia alguna reservada a los Estados miembros. Se trata de una competencia horizontal, cuyo ejercicio desplaza la competencia normativa nacional en el ámbito de que se trata. El control jurisdiccional del ejercicio de la competencia comunitaria es una cuestión compleja y delicada. Por un lado, un control jurisdiccional indebidamente restringido podría permitir a las instituciones comunitarias ejercer en la práctica un poder legislativo general o ilimitado, en contra del principio según el cual la Comunidad sólo dispone de las competencias limitadas, aunque amplias, que le han sido conferidas por el Tratado para la consecución de objetivos específicos. Ello podría permitir a la Comunidad una invasión intolerable de las competencias de los Estados miembros. Por otro lado, el Tribunal de Justicia no puede, en principio, restringir el legítimo cumplimiento por el legislador comunitario de la

misión que consiste en eliminar obstáculos y distorsiones en el intercambio de bienes y servicios. Incumbe al Tribunal, como depositario de la confianza de las instituciones comunitarias, de los Estados miembros y de los ciudadanos de la Unión, cumplir la difícil función de garantizar la división constitucional de poderes entre la Comunidad y los Estados miembros, en base a criterios objetivos.

II. Antecedentes y contexto legislativo

i) *Las disposiciones relevantes del Tratado*

5. La controversia acerca de la base jurídica de la Directiva sobre publicidad se centra en determinadas disposiciones del Tratado. Éstas se refieren principalmente al mercado interior y a la libre prestación de servicios.

6. El artículo 57, apartado 2, del Tratado CE (actualmente artículo 47 CE, apartado 2, tras su modificación), en conexión con el artículo 66 del Tratado CE (actualmente artículo 55 CE), dispone que el Consejo, actuando con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 B del Tratado CE (actualmente artículo 251 CE, denominado habitualmente procedimiento de co-decisión), «adoptará Directivas para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al acceso y

ejercicio de las actividades no asalariadas», incluida la libertad de prestación de servicios.²

7. El artículo 100 A del Tratado CE se ha convertido actualmente en el artículo 95 CE, tras su modificación. Como excepción al artículo 100 del Tratado CE (actualmente artículo 94 CE), salvo que el Tratado disponga otra cosa, el artículo 100 A, apartado 1, establece que, para la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 7 A del Tratado CE (actualmente artículo 14 CE, tras su modificación), el Consejo, actuando con arreglo al mismo procedimiento del artículo 189 B y previa consulta al Comité Económico y Social, «adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior».

8. El artículo 100 A, apartado 3, del Tratado dispone que la Comisión «en sus propuestas previstas en el apartado 1 referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado».³ El artículo 100 A, apartado 4, autoriza a un Estado miembro,

2 — En estas conclusiones, debe entenderse que las referencias al artículo 57, apartado 2, del Tratado incluyen la referencia a su extensión a la libertad de prestación de servicios en virtud del artículo 66 del Tratado, salvo que la intención contraria sea manifiesta.

3 — El artículo 95 CE, apartado 3, añade: «en el marco de sus respectivas competencias, el Parlamento Europeo y el Consejo procurarán también alcanzar ese objetivo». En mi análisis, considero que esta obligación estaba implícita en el inicio del apartado 3 del artículo 100 A del Tratado CE, a pesar de su más limitada referencia a las propuestas de la Comisión.

tras la adopción por el Consejo, por mayoría cualificada, de una medida de armonización, a aplicar disposiciones nacionales justificadas, en particular, por alguna de las razones importantes contempladas en el artículo 36 del Tratado CE (actualmente artículo 30 CE, tras su modificación), sometidas a su confirmación por la Comisión y a un procedimiento especial acelerado de recurso directo ante el Tribunal de Justicia.

9. Los demandantes han resaltado especialmente el artículo 129 del Tratado CE (actualmente artículo 152 CE, tras su modificación). El artículo 129, apartado 1, del Tratado dispone que «la Comunidad contribuirá a la consecución de un alto nivel de protección de la salud humana fomentando la cooperación entre los Estados miembros y, si fuere necesario, apoyando la acción de los mismos» y que «las exigencias en materia de protección de la salud constituirán un componente de las demás políticas de la Comunidad». El artículo 129, apartado 4, del Tratado señala que el Consejo contribuirá a la consecución de los objetivos de dicho artículo, actuando con arreglo al procedimiento de co-decisión y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, adoptando medidas de fomento, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. El Consejo también puede adoptar recomendaciones.

ii) Otra legislación

10. Conviene prestar atención a otras normas relevantes, preexistentes, a fin de apreciar la legalidad de la Directiva sobre

publicidad. Antes de adoptar ésta, la Comunidad ya había adoptado varias disposiciones relativas a la comercialización de productos del tabaco, en base, bien al artículo 100 A del Tratado, bien al artículo 57, apartado 2, del Tratado en conexión con el artículo 66. La más importante es el artículo 13 de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.⁴ A los efectos de las presentes conclusiones, basta recordar que dicha disposición prohíbe toda forma de publicidad por televisión y de telementa de cigarrillos y demás productos del tabaco. El artículo 2 *bis*, apartado 1, de la Directiva 89/552 dispone que, en general, «los Estados miembros garantizarán la libertad de recepción y no obstaculizarán la retransmisión en sus territorios de emisiones de radiodifusión televisiva procedentes de otros Estados miembros por motivos inherentes a los ámbitos coordinados por la presente Directiva».

11. La Directiva 89/622/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 y la prohibición de poner en el mercado determinados tabacos de uso oral,⁵ exige que todos los paquetes de cigarrillos incluyan el contenido de nicotina y alquitrán,⁶ así como una

4 — DO L 298, p. 23, modificada por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997 (DO L 202, p. 60). Ambas Directivas fueron adoptadas con arreglo a los artículos 57, apartado 2, y 66 del Tratado.

5 — DO L 359, modificada por la Directiva 92/41/CEE del Consejo, de 15 de mayo de 1992 (DO L 158, p. 30). Ambas Directivas fueron adoptadas con arreglo al artículo 100 A del Tratado.

6 — Artículo 3 de la Directiva 89/622.

advertencia sanitaria general y otra específica.⁷ Los Estados miembros no pueden limitar la venta de los productos que respeten las exigencias en materia de etiquetado.⁸ De modo similar, los Estados miembros no pueden restringir, «por consideraciones de limitación del contenido de alquitrán de los cigarrillos»,⁹ la venta de los productos que se ajusten a 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.¹⁰ Tanto la Directiva 89/622 como la Directiva 90/239 fueron adoptadas en una reunión del Consejo integrado por los Ministros de Sanidad.

12. La Comunidad también ha regulado otros aspectos de la publicidad. Por ejemplo, la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa,¹¹ estableció criterios mínimos y objetivos, para determinar cuándo es engañosa la publicidad,¹² y precisó las circunstancias en que debe permitirse la publicidad comparativa.¹³ El segundo considerando de la exposición de motivos de la Directiva 97/55/CE, que modificó la primera Direc-

tiva citada, señala que «la publicidad es un medio muy importante para abrir en toda la Comunidad salidas reales a todos los bienes y servicios».

13. La Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano,¹⁴ establece varios requisitos para la publicidad de esos productos. Por ejemplo, en los medios de comunicación dirigidos al público en general, prohíbe la utilización de determinados elementos o las referencias a ciertas indicaciones terapéuticas, a la vez que prohíbe la publicidad de determinados productos.

iii) *Antecedentes legislativos de la Directiva sobre publicidad*

14. La posibilidad de regular la publicidad del tabaco en el marco de la Comunidad se planteó por primera vez en 1984 en una Comunicación de la Comisión dirigida al Consejo Europeo acerca de la cooperación en materia de salud. El primer programa «Europa contra el cáncer», adoptado por una Resolución del Consejo y de los Representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo de 7 de julio de 1986,¹⁵ instó a examinar los medios para reducir el consumo de tabaco, como, por ejemplo, una actuación de la Comunidad en materia de publicidad y patrocinio, en el marco de la cooperación sanitaria. La Comisión respondió con un

7 — Artículo 4 de la Directiva 89/622.

8 — Artículo 8, apartado 1, de la Directiva 89/622.

9 — Artículo 7, apartado 1, de la Directiva 90/239.

10 — DO L 137, p. 36. Esta Directiva fue adoptada con arreglo al artículo 100 A del Tratado.

11 — DO L 250, p. 17, modificada por la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997 (DO L 290, p. 18). La Directiva 84/450 fue adoptada con arreglo al artículo 100 del Tratado. La Directiva de modificación fue adoptada con arreglo al artículo 100 A del Tratado.

12 — Artículos 2, apartado 2, y 3 de la Directiva 84/450; véase también el séptimo considerando de la exposición de motivos.

13 — Artículo 4 bis de la Directiva 84/450.

14 — DO L 113, p. 13. Esta Directiva fue adoptada con arreglo al artículo 100 A del Tratado.

15 — DO C 184, p. 19.

Plan de Acción para el período comprendido entre 1987 y 1989. Dicha Institución presentó una primera propuesta de Directiva del Consejo, basada en el artículo 100 A del Tratado, sobre la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la publicidad de los productos del tabaco mediante prensa y carteles¹⁶ (en lo sucesivo, «primera propuesta de Directiva»).

15. La primera propuesta de Directiva señalaba en su exposición de motivos que la publicidad en la prensa y mediante carteles traspasaba las fronteras de los Estados miembros y que las divergencias entre las normas nacionales sobre la publicidad del tabaco podían constituir barreras a los intercambios y distorsionar la competencia. Las normas de armonización necesarias deberían tener en cuenta la protección de la salud de las personas, en particular la de los jóvenes. En sus considerandos se aludía también al programa «Europa contra el cáncer». La primera propuesta de Directiva habría exigido que los anuncios de cigarrillos y otros productos del tabaco en la prensa y mediante carteles insertaran advertencias sanitarias.¹⁷ Dicha propuesta también habría limitado el contenido de los anuncios a la información relativa al producto y a la presentación de su empaquetado, al tiempo que habría prohibido las referencias a una marca, emblema, símbolo u otro signo distintivo vinculado principalmente con productos del tabaco en la publicidad que no mencionara directamente un producto del tabaco.¹⁸ Toda publicidad de productos

del tabaco habría debido ser prohibida en publicaciones principalmente dirigidas a jóvenes menores de 18 años.¹⁹ El artículo 5 de la primera propuesta de Directiva habría impedido a los Estados miembros prohibir o restringir la venta de publicaciones o la exhibición de carteles que se ajustaran a la Directiva, invocando como motivo la publicidad del tabaco.

16. Con arreglo al procedimiento de cooperación, el Parlamento Europeo aprobó la primera propuesta de Directiva el 14 de marzo de 1990, con enmiendas que tenían por objeto una prohibición total de la publicidad del tabaco en razón de la protección de la salud pública.²⁰ La Comisión consideró prematura una prohibición total habida cuenta de las normas nacionales vigentes en su momento, pero modificó su propuesta para precisar que sólo armonizaría las normas de los Estados miembros que autorizaban la publicidad del tabaco.²¹ Dicha Institución añadió tres nuevos considerandos para resaltar los objetivos de los Estados miembros en materia de protección de la salud y la vulnerabilidad de los jóvenes ante la publicidad.

17. Esta versión enmendada de la primera propuesta de Directiva fue discutida en el Coreper, bajo el título «Lucha contra el cáncer», pero no pudo alcanzarse un acuerdo en él ni en el Grupo de Trabajo del Consejo en materia de Sanidad. La Comisión retiró su primera propuesta y

16 — COM(89) 163 final, presentada el 7 de abril de 1989 (DO C 124, p. 5).

17 — Artículo 2 de la primera propuesta de Directiva.

18 — Artículo 3 de la primera propuesta de Directiva.

19 — Artículo 4 de la primera propuesta de Directiva.

20 — DO C 96, p. 98.

21 — COM(90) 147 final, presentada el 19 de abril de 1990 (DO C 116, p. 7).

presentó el 17 de mayo de 1991²² una propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre la publicidad de productos del tabaco (en lo sucesivo, «segunda propuesta de Directiva»). Por primera vez se hacía referencia en la exposición de motivos a la interdependencia entre las diferentes formas de publicidad y al hecho de que el consumo de tabaco constituye un importante factor de mortalidad en la Comunidad. La segunda propuesta de Directiva habría prohibido todas las formas de publicidad de los productos del tabaco, la utilización de marcas o nombres principalmente vinculados con el tabaco en la publicidad en otros sectores, la utilización de marcas o nombres de otros productos para nuevos productos del tabaco y toda distribución gratuita de estos últimos.²³ Los Estados miembros habrían podido autorizar la publicidad en el interior de los establecimientos de venta de tabaco,²⁴ pero la segunda propuesta de Directiva no habría impedido que dichos Estados adoptaran medidas más restrictivas para la protección de la salud.²⁵ A pesar de haber expresado sus dudas al respecto en varios ámbitos,²⁶ el Parlamento Europeo rechazó una moción que pretendía modificar la base jurídica de la propuesta, moción por la que dicha base habría pasado a ser el artículo 235 (actualmente artículo 308 CE), en lugar del artículo 100 A del Tratado CE, y aprobó una resolución legislativa el 11 de febrero de 1992, proponiendo, *inter alia*, un nuevo considerando que justificara la prohibición basán-

dola en la salud. Se ha señalado que los Comisarios de Empleo, Relaciones laborales y Asuntos sociales (incluida la sanidad), responsables de la propuesta, resaltaron, en varios discursos y declaraciones, su importancia para la salud pública.²⁷

18. El Consejo adoptó el 26 de noviembre de 1996 una Resolución sobre la reducción del tabaquismo en la Comunidad Europea,²⁸ en la que consideraba que era «necesario evaluar la influencia en el consumo de tabaco de las medidas para promoverlo, por un lado, y de las actuaciones y medidas dirigidas a reducirlo, por otro», e instaba a la Comisión a «llevar a cabo estudios sobre las mejores prácticas desarrolladas en los Estados miembros para reducir el tabaquismo, y la evaluación de sus resultados».

19. Finalmente, el Consejo adoptó formalmente el 12 de febrero de 1998²⁹ una posición común sobre la segunda propuesta de Directiva, en base a una propuesta modificada presentada por la Comisión el 11 de diciembre de 1997.³⁰ Esta última añadía los artículos 57, apartado 2, y 66 del Tratado al artículo 100 A como base jurídica, y contenía varios considerandos nuevos, a fin de reflejar la nueva redacción

22 — COM(91) 111 final (DO C 167, p. 3). Una versión levemente modificada fue presentada por la Comisión el 30 de abril de 1992, COM(92) 196 final (DO C 129, p. 5).

23 — Artículo 2 de la segunda propuesta de Directiva.

24 — Artículo 3 de la segunda propuesta de Directiva.

25 — Artículo 5 de la segunda propuesta de Directiva.

26 — Por parte de varias delegaciones en el Grupo de Trabajo del Consejo en materia de sanidad y por el Comité de Asuntos Económicos y Monetarios y Política Industrial del Parlamento Europeo. Dudas semejantes se atribuyen al Servicio Jurídico del Consejo, en un dictamen de 3 de diciembre de 1993. Véanse mis comentarios acerca de la utilización de dicho dictamen jurídico en el punto 76 *infra*.

27 — Intervenciones de la Comisaria Sra. Papandreu ante el Parlamento Europeo en noviembre de 1991 y el 16 de enero de 1992; observaciones del Comisario Sr. Flynn ante el Consejo de Ministros de Sanidad el 22 de diciembre de 1994; manifestación del Comisario Sr. Flynn ante la Conferencia Europea sobre Tabaco y Salud el 3 de octubre de 1996; manifestación del Comisario Sr. Flynn en respuesta al acuerdo de posición común del Consejo el 5 de diciembre de 1997.

28 — DO C 374, p. 4.

29 — DO C 91, p. 34.

30 — SN4883/197.

de la prohibición propuesta en lo que atañe a la publicidad indirecta, el alcance algo más amplio de la excepción relativa a la publicidad en los establecimientos de venta y su aplicación a las comunicaciones profesionales, así como la extensión de la prohibición al patrocinio de acontecimientos o actividades.³¹ Dicha propuesta agregó también considerando que hacían referencia a otras medidas relativas al mercado interior que afectaban a la publicidad o a los productos del tabaco: las Directivas 89/622, en su versión modificada, 90/239 y 92/28. Lo más relevante, al menos en opinión de quienes impugnan la Directiva, es que la posición común omitió tres considerandos recogidos en las anteriores propuestas:

«Considerando que el Consejo Europeo de Milán, celebrado los días 28 y 29 de junio de 1985, afirmó la conveniencia de emprender un Programa europeo de lucha contra el cáncer;

Considerando que, en su Resolución de 7 de julio de 1986, referente a un Programa de acción de las Comunidades Europeas contra el cáncer, el Consejo y los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, fijaron como objetivo del Programa la mejora de la salud y la calidad de vida de los ciudadanos de la Comunidad reduciendo el número de casos de cáncer y

estimaron que, a este efecto, la lucha contra el tabaquismo era prioritaria;

Considerando que cada año los productos del tabaco son un factor de mortalidad muy importante en los Estados miembros de la Comunidad Europea.»

20. La posición común fue aprobada por el Parlamento Europeo el 13 de mayo de 1998³² y la Directiva se adoptó el 22 de junio de 1998 en una reunión del Consejo integrado por los Ministros de Investigación. Alemania votó en contra de su adopción.

iv) *Resumen de la Directiva sobre publicidad*

21. El tenor de los cuatro primeros considerandos de la exposición de motivos de la Directiva adoptada es el siguiente:

«(1) Considerando que existen divergencias entre las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco; que dicha publi-

31 — Véase la exposición que sigue inmediatamente sobre las reglas de la Directiva.

32 — No obstante, el Comité de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Ciudadanos del Parlamento Europeo rechazó el 16 de abril de 1998 la base jurídica de la segunda propuesta modificada de Directiva.

cidad y dicho patrocinio traspasan las fronteras de los Estados miembros, pudiendo estas disparidades no sólo dificultar la libre circulación de los productos, que son los medios de soporte de estas actividades, y la libre prestación de servicios en este campo, sino también provocar distorsiones de la competencia, obstaculizando de este modo el funcionamiento del mercado interior;

(2) Considerando que procede eliminar tales barreras y que, para ello, deben aproximarse las normas relativas a la publicidad y al patrocinio de los productos del tabaco, dejando a los Estados miembros la posibilidad de imponer, en determinadas condiciones, los requisitos que consideren necesarios para proteger la salud de las personas;

(3) Considerando que, de conformidad con el apartado 3 del artículo 100 A del Tratado, la Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado 1 en materia de salud, seguridad y protección del medio ambiente y de los consumidores, toma como base de partida un nivel de protección elevado;

(4) Considerando, por consiguiente, que la presente Directiva debe atender debidamente a 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».

El quinto considerando señala que las Directivas 89/622 y 90/239 ya habían sido adoptadas en base al artículo 100 A. El sexto considerando se refiere a la Directiva 92/28 sobre publicidad de medicamentos e indica que la publicidad referida a productos destinados a eliminar la adicción al tabaco no entra en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre publicidad. El séptimo considerando menciona las distintas excepciones a la prohibición de publicidad de productos del tabaco (artículo 3, apartado 5) y añade que «en dicho ámbito corresponde a los Estados miembros adoptar en su caso medidas adecuadas». Los considerandos de la exposición de motivos octavo y noveno de la Directiva señalan, *inter alia*:

«(8) Considerando que, habida cuenta de la interdependencia existente entre todos los medios de publicidad oral, escrita, impresa, radiofónica, televisada y cinematográfica y para evitar cualquier riesgo de distorsión de la competencia y de contravención de la normativa, la presente Directiva debe afectar a todas las clases y a todos los medios de publicidad, con excepción de la publicidad televisada, ya regulada por la Directiva 89/552/CEE del Consejo [...]

(9) Considerando que todas las formas de publicidad indirecta y de patrocinio, así como la distribución gratuita, tienen el mismo efecto que la publicidad directa y que, sin perjuicio del principio

fundamental de la libertad de expresión,³³ procede por tanto regularlas, incluidas aquellas formas indirectas de publicidad que, aun sin mencionar directamente el producto del tabaco, utilicen marcas, emblemas, símbolos o cualquier otro signo distintivo utilizado para los productos del tabaco; que, no obstante, los Estados miembros podrán aplazar la aplicación de estas disposiciones, con el fin de permitir la adaptación de las prácticas comerciales y la sustitución del patrocinio de los productos del tabaco por otras formas adecuadas de apoyo».

22. El artículo 1 de la Directiva señala:

«La presente Directiva tiene por objeto 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.»

El artículo 2 de la Directiva contiene, *inter alia*, las definiciones siguientes:

El décimo considerando menciona la facultad (véase el artículo 3, apartado 2), de permitir que, en determinadas circunstancias, se continúe utilizando un nombre vinculado con productos del tabaco para la publicidad de productos diversificados —productos o servicios distintos del tabaco que utilizaran un nombre, marca, símbolo u otro signo distintivo relacionado con el tabaco—, «sin perjuicio de la regulación de la publicidad de los productos del tabaco».³⁴ El undécimo considerando hace referencia a la posibilidad que se suprima más lentamente el patrocinio (véase el artículo 6, apartado 3), y declara que el patrocinio existente «debería incluir todos los medios para lograr los objetivos de patrocinio definidos en la presente Directiva».

«1) “productos del tabaco”: los productos destinados a ser fumados, inhalados, chupados o masticados, siempre que estén constituidos, aunque sólo sea en parte, por tabaco;

2) “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;

3) “patrocinio”: cualquier contribución, pública o privada, a un acontecimiento

33 — Esta referencia a la libertad de expresión fue añadida después de la presentación de la segunda propuesta modificada de Directiva por la Comisión, el 11 de diciembre de 1997.

34 — En la propuesta modificada presentada por la Comisión el 11 de diciembre de 1997, esta reserva se refería a «la prohibición de publicidad de productos del tabaco» (la cursiva es mía).

o actividad cuyo objetivo o efecto [...] directo o indirecto sea la promoción de un producto del tabaco.»

El tenor de los apartados 1, 2 y 4 del artículo 3 de la Directiva es el siguiente:

«1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 89/552/CEE, queda prohibida en la Comunidad toda clase de publicidad o de patrocinio del tabaco.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 no será óbice para que un Estado miembro pueda 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 julio de 1998, pueda utilizarse para la publicidad de los otros bienes o servicios.

Sin embargo, dicho nombre sólo podrá utilizarse bajo un aspecto claramente distinto del producto del tabaco y siempre que no lleve ningún otro elemento distintivo ya usado para un producto del tabaco.

4. Queda prohibida la distribución gratuita cuyo objetivo o efecto directo o indirecto sea la promoción de un producto del tabaco.»

23. Al igual que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva, la letra b) del apartado 3 del mismo artículo también se refiere en apariencia a la publicidad de productos diversificados, pero no es un modelo de claridad. Esta disposición señala que la prohibición del apartado 1 no podrá eludirse, respecto de cualquier producto o servicio que se introduzca 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. En la referencia al artículo 3, apartado 1, parece estar implícito que el ambiguo término «utilización» se refiere a la *utilización* de una marca o un signo distintivo *en el sentido de publicidad o patrocinio*. «A tal fin», respecto de tales signos, «la presentación del nombre, marca, símbolo o cualquier otro elemento distintivo del bien o servicio deberá ser claramente diferente de la utilizada para el producto del tabaco». A falta de indicaciones complementarias, supongo que esta parte de la disposición atañe también a la publicidad y el patrocinio. Mis dudas iniciales al respecto fueron resueltas por las respuestas del Consejo y del Parlamento Europeo en la vista oral.

El artículo 3, apartado 5, dispone que la Directiva no se aplicará:

«— a las comunicaciones destinadas exclusivamente a los profesionales que intervienen en el comercio del tabaco,

— a la presentación de los productos del tabaco puestos a la venta ni a los carteles indicadores de sus precios en los puntos de venta de tabaco,

— a la publicidad destinada al comprador en establecimientos especializados en la venta de productos de tabaco o en los escaparates de éstos o, cuando se trate de establecimientos de venta de artículos o servicios varios, en los emplazamientos destinados a la venta de productos del tabaco; tampoco afectará a los puntos de venta que, en Grecia, están sujetos a un sistema particular de concesión de licencias por razones de carácter social (denominados “peripitera”),

— a la venta de publicaciones que contengan publicidad de productos del tabaco editadas e impresas en países terceros, siempre que dichas publicaciones no estén destinadas principalmente al mercado comunitario.»

24. El artículo 4 de la Directiva contempla los medios para garantizar y controlar la aplicación de las disposiciones nacionales adoptadas en el marco de la Directiva y no ha sido discutido por las partes.

Según el artículo 5 de la Directiva:

«La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de establecer, dentro de los límites del Tratado, requisitos más estrictos con respecto a la publicidad o al patrocinio de productos del tabaco, cuando los consideren necesarios para proteger la salud de las personas.»

25. El artículo 6, apartado 1, dispone que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva a más tardar el 30 de julio de 2001. El artículo 6, apartado 3, establece, *inter alia*, que:

«Los Estados miembros podrán aplazar la puesta en aplicación del apartado 1 del artículo 3,

— en un año respecto de la prensa escrita,

— en dos años respecto del patrocinio.»

En casos excepcionales y por razones debidamente justificadas, con sujeción a ciertos requisitos no discutidos en estos asuntos, los Estados miembros podrán seguir autorizando el patrocinio ya existente de acontecimientos o actividades organizados a escala mundial durante un período adicional de tres años que, en cualquier caso, deberá concluir a más tardar el 1 de octubre de 2006.

III. Admisibilidad

26. Antes de abordar los problemas de fondo, es preciso examinar dos alegaciones formuladas por el Consejo, el Parlamento y Francia, en sus observaciones en el asunto *Imperial Tobacco*, acerca de la admisibilidad de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal nacional.

27. En sus observaciones en el asunto *Imperial Tobacco*, el Parlamento recordó que los demandados habían alegado en el litigio principal que la demanda era de naturaleza general o hipotética, pues tenía por objeto un acto de aplicación nacional que aún no había entrado en vigor, y que, por tanto, no podía ser objeto de un recurso jurisdiccional, así como que sólo era posible debatir la validez de una Directiva en un litigio nacional cuando la cuestión de su validez se planteaba con carácter accesorio. Al parecer, el Tribunal nacional estimó que

podía ser justo y conveniente acceder a la pretensión declarativa, a fin de eliminar la incertidumbre, con arreglo a la Order 53, Rule 1(2) de las Rules of the Supreme Court. El litigio no versaba sobre «cuestiones puramente abstractas», sino sobre «derechos futuros» para los que podía otorgarse tutela en un procedimiento *quia timet*.³⁵

28. El Parlamento se refirió a la obligación del Tribunal nacional, cuando decide sobre la necesidad de plantear una cuestión prejudicial para poder resolver el litigio, de tener en cuenta el hecho de que el Tribunal de Justicia no se pronuncia sobre consultas relativas a cuestiones generales o hipotéticas,³⁶ y señaló que, a pesar de la admisibilidad de una remisión prejudicial en el contexto de un litigio nacional no muy distinto, el asunto *Bosman*, este último «versaba sobre el peligro conocido de carácter inminente para derechos determinados, directamente exigibles, nacidos del Tratado, amenazados por una persona privada», en lugar de la expectativa de que un Estado miembro cumpla sus obligaciones derivadas del Tratado. El Parlamento sugirió que la posibilidad de una impugnación ante los Tribunales nacionales de actos comunitarios de naturaleza general pendientes de ejecución nacional, que conduzca al planteamiento de una cuestión prejudicial, podría estar excluida del sistema de protección jurisdiccional establecido por el Tratado, ya que permitiría eludir el requisito de que el acto impugnado afecte directa e individualmente al demandante, cuando se trate de una acción directa

35 — Véase la exposición del Juez Lord Diplock en el asunto *Rediffusion (Hong Kong) Ltd/Attorney General of Hong Kong*, 1970, AC 1136, p. 1158.

36 — Sentencia de 15 de diciembre de 1995, *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association y otros/Bosman y otros* (C-415/93, Rec. p. I-4921) (en lo sucesivo, «*Bosman*»), apartados 59 y 60.

ejercitada por un particular. El Consejo (apoyado por Francia) formuló alegaciones similares sobre el carácter hipotético del litigio³⁷ y la posibilidad de que los requisitos de legitimación para impugnar directamente la validez de actos comunitarios con arreglo al artículo 173 del Tratado CE (actualmente artículo 230 CE, tras su modificación), puedan ser eludidos a través de un litigio nacional.

29. A mi parecer, el Parlamento se refirió acertadamente a las semejanzas entre las clases de litigio nacional que originaron la remisión prejudicial en el asunto Bosman y en el asunto Imperial Tobacco. La demanda mediante la que Bosman solicitaba que se declarara que las reglas relativas a la nacionalidad de los jugadores de fútbol no le eran aplicables fue declarada admisible por los tribunales belgas en base a una disposición del «code judiciaire» belga (Código de Enjuiciamiento), que admite las acciones para evitar «la violación de un derecho gravemente amenazado», al haber aportado el demandante la prueba de que el daño temido, que implicaba obstáculos para su actividad profesional, se haría realidad.³⁸ Así pues, aunque la acción principal sólo tenía por objeto una resolución declarativa, y, al tener una finalidad preventiva, se basaba en hipótesis que, por su naturaleza, eran inciertas, el hecho de que dicha clase de acción fuera admisible con arreglo al Derecho nacional significaba que las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional eran objetivamente necesarias para resolver un litigio válidamente planteado ante este último.³⁹ El planteamiento de una cuestión prejudicial

era por tanto admisible a este respecto. El aspecto esencial es que incumbía al órgano jurisdiccional nacional decidir, con arreglo al Derecho nacional, sobre la admisibilidad de una acción como la planteada.

30. El procedimiento nacional en el asunto Imperial Tobacco también se refiere a un peligro susceptible de afectar al ejercicio futuro por las compañías tabaqueras demandantes de sus derechos. Debe presumirse que el Tribunal nacional interpretó correctamente el Derecho nacional al apreciar la posibilidad de pronunciarse en un procedimiento declarativo. Las diferencias entre ambos asuntos mencionadas por el Parlamento Europeo refuerzan los argumentos a favor de que se declare la admisibilidad en el presente asunto. Si se da por supuesto que los Estados miembros procurarán cumplir sus obligaciones con arreglo al Tratado, el hecho de que deban poner en vigor las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a la Directiva sobre publicidad a más tardar el 30 de julio de 2001 y, evidentemente, puedan hacerlo antes,⁴⁰ si significa algo, es que la amenaza que pesa sobre los intereses de los demandantes en el litigio principal presenta un carácter más concreto que en el asunto Bosman. La facultad de aplazar la aplicación de algunos aspectos de la Directiva hasta el 1 de octubre de 2006 a más tardar (en supuestos excepcionales relacionados con el patrocinio), puede hacer la amenaza más remota temporalmente en algunos aspectos, pero en ningún sentido la hace más hipotética.⁴¹ En estas circunstancias, por tanto, no hay motivo para que el

37 — Véase la sentencia de 16 de julio de 1992, Meilicke/ADV ORGA (C-83/91, Rec. p. I-4871), apartado 25.

38 — Véase la sentencia pronunciada en el asunto Bosman citado en la nota 36 *supra*, apartados 44 y 46.

39 — *Ibid.*, apartado 65.

40 — Una Directiva tiene eficacia jurídica respecto al Estado miembro al que está dirigida desde el momento de su notificación; véase la sentencia de 18 de diciembre de 1997, Inter-Environnement Wallonie/Région Wallonne (C-129/96, Rec. p. I-7411), apartados 41 y 44.

41 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz en el asunto Bosman, citado en la nota 36 *supra*, punto 99.

Tribunal de Justicia ponga en duda la apreciación por el órgano jurisdiccional nacional de la necesidad de una resolución preliminar sobre la cuestión planteada para poder resolver el litigio.⁴²

31. Paso a examinar a continuación la otra alegación, según la cual el planteamiento de una cuestión prejudicial sobre validez no debe hacer posible la elusión de las reglas reguladoras de la legitimación establecidas por el artículo 173 del Tratado. En efecto, el Tribunal de Justicia ha denegado a litigantes que pudieron, «sin duda alguna», ejercitar un recurso de anulación la posibilidad de eludir el plazo para interponer dicho recurso,⁴³ a través del planteamiento de una cuestión prejudicial sobre la validez de un acto comunitario. El Consejo, el Parlamento y Francia tratan aparentemente de ampliar el alcance de este excepcional pronunciamiento, de modo que las personas que ni fueran destinatarios, ni estuvieran directa e individualmente afectados por un acto comunitario de aplicación general, no estarían legitimadas para impugnar su validez ante los Tribunales nacionales, con el objetivo de conseguir en un procedimiento prejudicial un pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre su validez.

32. El Tribunal de Justicia observó en el asunto *Universität Hamburg/Hauptzollamt Hamburg-Kehrwieder* que la resolución de una autoridad nacional era la única medida que el demandante en el litigio principal de que se trataba podía impugnar ante los Tribunales «sin encontrar dificultades a la

hora de demostrar su interés para ejercitar la acción», y declaró que «de conformidad con el principio general del Derecho que se expresa en el artículo 184 del Tratado - CEE, el solicitante debe tener la posibilidad, en el marco de un recurso interpuesto según el Derecho nacional contra la denegación de su solicitud, de alegar la ilegalidad de la Decisión de la Comisión que sirvió de base para la resolución nacional adoptada en su contra». ⁴⁴ En términos más generales, en el asunto *Les Verts/Parlamento*, el Tribunal de Justicia declaró que «cuando su ejecución sea competencia de las instancias nacionales, [las personas físicas y jurídicas] pueden alegar la invalidez de los actos de alcance *general* ante los órganos jurisdiccionales nacionales e inducirles a consultar al Tribunal de Justicia a este respecto mediante las cuestiones prejudiciales». ⁴⁵ El Tribunal de Justicia observó que el artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE) forma parte de «un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos, destinado a confiar al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de los actos de las Instituciones», y protege así a «las personas físicas y jurídicas [...] contra la aplicación a las mismas de los actos de alcance general que no pueden impugnar directamente ante el Tribunal en virtud de las condiciones especiales de admisibilidad especificadas en el párrafo 2 del artículo 173 del Tratado». ⁴⁶

44 — Sentencia de 27 de septiembre de 1983 (216/82, Rec. p. 2771), apartado 10.

45 — Sentencia de 23 de abril de 1986 (294/83, Rec. p. 1339), apartado 23, énfasis añadido. Me parece obvio, por la referencia en la frase anterior al interés directo e individual, que, a juicio del Tribunal de Justicia, este requisito no se aplicaba a las personas que promovieron esos litigios nacionales.

46 — *Ibid.* Véanse además la sentencia de 2 de abril de 1998, *Greenpeace Council y otros/Comisión* (C-321/95 I, Rec. p. I-1651), apartado 33; mis comentarios al respecto en los puntos 71 a 74 de mis conclusiones en el asunto C-70/97, *Krudivat/Comisión* (sentencia de 17 de noviembre de 1998, Rec. p. I-7183), y el auto del Tribunal de Primera Instancia *Asocarne/Consejo* (T-99/94, Rec. 1994, p. II-871), apartado 17.

42 — Véase la sentencia pronunciada en el asunto *Bosman*, *ibid.*, apartado 59.

43 — Véase la sentencia de 9 de marzo de 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf* (C-188/92, Rec. p. I-833), apartados 24 y 25.

33. El asunto Imperial Tobacco no es, a mi parecer, un supuesto de impugnación directa de la Directiva sobre publicidad, aunque la validez de ésta sea crucial para la resolución del litigio nacional. Las compañías tabaqueras demandantes intentan impedir que las autoridades competentes del Reino Unido lleven a la práctica su propósito declarado de ejecutar la Directiva a través de normas reglamentarias adoptadas en virtud del artículo 2, apartado 2, de la European Communities Act 1972. La habilitación legal de esas autoridades para dictar dichas normas reglamentarias depende aparentemente de la validez de la Directiva.⁴⁷ Así pues, la validez de la Directiva afecta directamente y está conectada a una cuestión de Derecho constitucional del Reino Unido, es decir, las *vires* de los demandados en el litigio principal para adoptar las proyectadas normas reglamentarias. Por tanto, no existe fundamento para poner en duda la admisibilidad de la remisión prejudicial por el órgano jurisdiccional nacional, en razón del motivo alegado por el Consejo, el Parlamento y Francia.

IV. Observaciones ante el Tribunal de Justicia

34. Han presentado observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia, en ambos asuntos, Alemania e Imperial Tobacco: el Parlamento Europeo, el Consejo de la

Unión Europea, la República Federal de Alemania, la República Francesa, la República de Finlandia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Comisión de las Comunidades Europeas. En el asunto Imperial Tobacco también presentaron observaciones escritas Imperial Tobacco Ltd, los restantes demandantes en el litigio principal y la República Italiana. El 12 de abril de 2000 tuvo lugar la vista oral conjunta de ambos asuntos, en la que intervinieron todos aquellos que habían presentado observaciones escritas.

35. En el resumen de las alegaciones que a continuación se expone, me referiré colectivamente a Alemania y los demandantes en el procedimiento principal en el asunto Imperial Tobacco como «los demandantes». Las instituciones comunitarias y los otros Estados miembros, que han presentado observaciones en defensa de la validez de la Directiva sobre publicidad, serán denominados colectivamente «los demandados». En la medida en que parece necesario, examino en mi análisis los argumentos detallados, fácticos e interpretativos, de ambos, demandantes y demandados, así como la jurisprudencia y otras fuentes citadas por ellos. En el resumen que sigue, expongo los motivos alegados por los demandantes en el orden en el que me propongo examinarlos en mi análisis.

i) Base jurídica y competencia

36. Los demandantes alegan que la Comunidad carecía de competencia para adoptar

47 — Véase el pronunciamiento de Lord Woolf MR en la Court of Appeal respecto de la solicitud de medidas cautelares consistentes en ordenar al Gobierno del Reino Unido que se abstuviera de ejecutar la Directiva hasta que el Tribunal de Justicia se pronunciara en el asunto C-376/98, *R/ Secretary of State for Health y otros, ex parte Imperial Tobacco Ltd y otros*, 2000, I All ER 572, pp. 575 y ss.

la Directiva y que carecía ciertamente de ella en base a las disposiciones del Tratado efectivamente invocadas por el legislador. Alemania alega que la adopción de la Directiva constituye una desviación de poder por parte del legislador comunitario. Mantener lo contrario sería ignorar el principio de atribución de competencias del artículo 3 B del Tratado CE (actualmente artículo 5 CE). Este motivo está integrado por dos argumentos de gran alcance y conexos, cuya prueba es también relevante para los motivos relativos a la violación de los principios de proporcionalidad y de subsidiariedad, de los derechos fundamentales y del artículo 30 del Tratado.

37. Según el primer argumento, la Directiva es, en realidad, una medida para la protección de la salud pública, cuyo efecto en el mercado interior, si tiene alguno, es meramente accesorio respecto a su objetivo principal —reflejado en su contenido— de reducción del tabaquismo. La salud pública ha sido el factor prioritario en las iniciativas comunitarias relativas a la publicidad del tabaco desde el lanzamiento en 1985 del programa «Europa contra el cáncer». Los considerandos incluidos en la Directiva y aquellos suprimidos antes de su adopción, el hecho de que el proceso de su adopción fuera obra de Ministros, Comisarios y funcionarios cuya competencia era la salud pública y las distintas declaraciones de los políticos competentes demuestran que el objetivo principal de la Directiva es la protección de la salud pública. El control jurisdiccional no se limita a la declaración de objetivos recogida en la exposición de motivos de una medida, que puede ser tergiversada. Dado que el artículo 129 del Tratado excluye expresamente las medidas

de armonización de aquellas otras medidas cuya adopción contempla dicho artículo, la Comunidad carecía de competencia para adoptar la Directiva recurriendo a una base jurídica que era meramente accesorio respecto al verdadero objetivo y contenido de la Directiva.

38. El segundo argumento es que, en cualquier caso, la Directiva no es, por varias razones, una medida válida relativa al mercado interior. En primer lugar, no existían intercambios interestatales importantes (o no los había en absoluto) de los servicios o de los medios publicitarios afectados, en relación con los intercambios en el interior de cada Estado miembro, con la consecuencia de que las divergencias entre las legislaciones nacionales constituían tan sólo un obstáculo potencial irrelevante para los intercambios comunitarios y no causaban una distorsión apreciable de la competencia. Por ejemplo, ningún periódico ni revista comunitario vende más del 5 % de su tirada fuera de su Estado miembro de origen, ni es objeto, de hecho, de restricciones porque inserte publicidad del tabaco. Cualquier obstáculo advertido podría haber sido superado exigiendo la libre circulación de la prensa, con independencia de su contenido publicitario. En segundo lugar, el resultado efectivo de la Directiva es la prohibición total de publicidad del tabaco —alrededor del 98 % de tal publicidad por su cuantía económica, incluida la de efecto exclusivamente interno—, con el resultado derivado de un obstáculo a la libertad de intercambio de mercancías y servicios relacionados con la publicidad. Más aún, la publicidad del tabaco representa sólo una parte muy pequeña del conjunto de la publicidad y

los gustos ampliamente variables en los diferentes países originan diferentes estrategias nacionales de promoción, que no tienen como objeto el suministro de mercancías o la prestación de servicios transfronterizos. Así, no existen apenas marcas de tabaco realmente internacionales dentro de la Comunidad.

la competencia entre los medios publicitarios de la Comunidad y los de terceros países. Más aún, distorsiona la competencia, en un mercado separado «e independiente», entre los productos distintos del tabaco —prendas de vestir, productos de aseo, etc.— que utilizan marcas relacionadas con el tabaco (productos diversificados) y los productos que no utilizan dicha clase de marcas.

39. Aunque las restricciones o prohibiciones de determinados productos o servicios puedan ser necesarias como parte de un conjunto de medidas para la apertura de mercados, la total restricción de una actividad económica no es compatible con la consecución de la libre circulación de mercancías y prestación de servicios. El resultado en tal caso es la eliminación de la competencia. La prohibición no se compensa mediante ventajas para otros sectores de la publicidad; incluso en lo que atañe a las excepciones, de escasa relevancia, a la prohibición de publicidad, la Directiva autoriza expresamente a los Estados miembros a restringirlas también, en interés de la salud pública, de modo que las supuestas condiciones de competencia iguales que se alegan pueden no obstante ser distorsionadas.

40. La Directiva sobre publicidad produce también efectos anticompetitivos y contribuye a la compartimentación de mercados, al hacer prácticamente imposible que nuevas marcas de tabaco accedan a ellos (algo que normalmente se consigue por medio de la publicidad). La Directiva no pretende contribuir a la libre circulación de los productos del tabaco. Además, distorsiona

41. Como cuestión de principio, los demandantes señalan la posible utilización abusiva del artículo 100 A con el fin de poner remedio a supuestas distorsiones de la competencia y mantienen que su utilización en este sentido debería limitarse a los ámbitos en los que la Comunidad dispone también de competencia *ratione materiae*. De no ser así, habida cuenta del limitado margen para el control jurisdiccional, el voto por mayoría cualificada en el Consejo podría servir para socavar la distribución de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros.

42. Los demandados alegan que la publicidad del tabaco es objeto de algunos intercambios transfronterizos, tanto de servicios, a través por ejemplo del encargo por las compañías multinacionales de la creación de marcas uniformes, logos, imágenes, eslóganes y temas para los productos del tabaco, como de mercancías, a través del intercambio de productos que sirven como soporte o medio para la publicidad, como periódicos, pasquines y carteles, así como películas publicitarias para las salas de cine. Así pues, existen, en cierto grado, marcas de producto internacionales y se desarro-

llan campañas de promoción que traspasan las fronteras de los Estados miembros. La cuantificación del alcance de la prohibición (por ejemplo, en el 98 %) no puede llevarse a cabo teniendo en cuenta tan sólo la actividad publicitaria anteriormente autorizada en un Estado miembro relativamente permisivo como Alemania. Las restricciones de la publicidad del tabaco, sumamente variables en los distintos Estados miembros, desde la prohibición total en Finlandia, Italia y Portugal, hasta la regulación relativamente permisiva en Estados miembros como Alemania, constituían obstáculos tanto a la prestación de servicios publicitarios como a la libre circulación de mercancías. Algunas de las partes en el procedimiento sugirieron también que dichas disparidades normativas afectaban a la libre circulación de los propios productos del tabaco y a la competencia entre ellos.

nales. Esta disposición también permite la regulación del mercado, aunque no liberalice. Más aún, una regulación de amplio alcance era necesaria para evitar la elusión (y la distorsión de la competencia), a través de la desviación de la publicidad o el patrocinio, incrementados, hacia los medios de comunicación no incluidos en el ámbito de la Directiva, aun cuando algunos de ellos no eran objeto de intercambios transfronterizos importantes. Incluso los medios de comunicación meramente nacionales pueden prestar servicios para agencias publicitarias o fabricantes de tabaco extranjeros. Existen numerosos supuestos de legislaciones que imponen la prohibición total de determinados productos o servicios, o que regulan estrictamente algunas formas de publicidad. La Directiva, sin embargo, no llega a una prohibición total de la publicidad del tabaco, tanto por las excepciones previstas en el artículo 5 como por la facultad de no prohibir la publicidad de los productos diversificados concedida a los Estados miembros.

43. La respuesta necesaria a esos obstáculos y a la distorsión derivada de la competencia era la aproximación de las normativas nacionales controvertidas. En esa aproximación, se optó por un riguroso nivel de regulación en lo que atañe a la protección de la salud, tanto porque se tuvo en cuenta el nivel de regulación existente en algunos Estados miembros, en apariencia proporcionado, pero incluso más riguroso, como porque así lo exigen el artículo 100 A, apartado 3 y, de forma más general, el artículo 129, apartado 1, párrafo tercero. Ambos objetivos eran complementarios; el relativo a la salud no desvirtuaba el que se refería al mercado interior, que era suficiente para justificar las bases jurídicas invocadas. El artículo 100 A del Tratado no impone la liberalización incontrolada de las normas nacio-

44. Puede así afirmarse que se ha creado un ámbito de actuación uniforme para las restantes formas de publicidad, autorizadas, que permite competir libremente en base a reglas comunes a los prestadores de servicios publicitarios y a los productores y distribuidores de medios publicitarios. No existe un criterio relativo al grado de beneficio para el mercado interior o al grado previo de obstaculización de los intercambios, que deba cumplirse como requisito previo a la adopción de medidas de armonización. En resumen, las medidas relativas al mercado interior no han de superar un test *de minimis*. Éste es tan sólo relevante en relación con la proporcionalidad. La armonización es lícita como respuesta a peligros meramente potenciales,

incluso si éstos no amenazan con restringir los intercambios o distorsionar la competencia en un grado importante. La limitación del acceso a determinados medios publicitarios no pone en peligro el acceso al mercado de nuevas marcas de tabaco. El problema de si las distorsiones de la competencia son apreciables sólo es relevante en relación con el artículo 100 del Tratado.

45. Resulta claro que la Directiva es una medida relativa al mercado interior, antes que una medida esencialmente relacionada con la salud, de donde resulta que los artículos 57, apartado 2, 66 (en relación con los servicios) y 100 A constituyen una base jurídica apropiada. Lo anterior se deduce de su finalidad y contenido, como aparecen objetivamente en sus considerandos y disposiciones. No puede oponerse a ello meros indicios subjetivos de cuáles fueran las convicciones del legislador, procedentes de los *travaux préparatoires*, que son simplemente parte del contexto de la Directiva. Son irrelevantes factores como la composición del Consejo o la opinión de los grupos de trabajo. En consecuencia, no puede afirmarse que la Directiva no gravite en torno a la consecución del mercado interior, ni que la relación de sus disposiciones con el establecimiento y funcionamiento de ese mercado sea meramente accesoria o de subordinación. La exclusión de medidas de armonización en el artículo 129, apartado 4, del Tratado no afecta al ámbito del artículo 100 A, que está sujeto tan sólo a los límites expresamente establecidos por el artículo 100 A, apartado 2.

ii) Subsidiariedad

46. Los demandantes alegan que, si la Comunidad fuera competente para actuar sobre la base jurídica alegada, *quod non*, compartiría su competencia con los Estados miembros. El legislador no respetó las orientaciones sobre la subsidiariedad establecidas por el Consejo Europeo en Edimburgo en 1992,⁴⁸ ni el acuerdo interinstitucional entre el Consejo, el Parlamento y la Comisión sobre los procedimientos de aplicación del principio de subsidiariedad.⁴⁹ En particular, no hizo referencia al principio de subsidiariedad en los considerandos de la Directiva. Además, no se presentó prueba alguna, cualitativa o cuantitativa, acerca de la necesidad de la actuación comunitaria. A falta de un elemento transfronterizo relevante y a la luz de las sustanciales diferencias nacionales, la regulación de la publicidad debía seguir correspondiendo a los Estados miembros. La falta de aplicación del principio de subsidiariedad a un acto adoptado en base al artículo 100 A del Tratado privaría casi totalmente de eficacia a dicho principio.

47. El principal argumento de los demandados es que la competencia para coordinar o aproximar las disposiciones nacionales, que los artículos 57, apartado 2, y 100 A del Tratado confieren a la Comunidad, es de naturaleza esencialmente exclusiva, por lo que, de manera automática, no es

48 — Bol. CE, 12/92, p. 9.

49 — Bol. CE, 10/93, p. 129

aplicable el principio de subsidiariedad. En cualquier caso, si fuera aplicable dicho principio, es evidente que los Estados miembros no podrían conseguir los objetivos de la Directiva, que son la supresión de las distorsiones de la competencia y de los obstáculos a los intercambios transfronterizos de medios de comunicación y de servicios publicitarios, y por tanto sería necesaria la actuación comunitaria. El legislador comunitario valoró y motivó con claridad la necesidad de la actuación de la Comunidad como respuesta a las normativas nacionales divergentes. Además, la Directiva reconoce a los Estados miembros un importante margen de actuación en muchos aspectos.

iii) *Proporcionalidad*

48. En lo que atañe al objetivo de contribuir a la consecución del mercado interior, recogido en la Directiva, los demandantes aducen que los efectos de una prohibición casi total serán mínimos o contraproducentes, por las razones antes señaladas. El carácter hipotético de la evaluación del mercado en los considerandos no logró demostrar la proporcionalidad de la Directiva. Ésta reduce los intercambios sin eliminar ninguna barrera o distorsión real, y en consecuencia no es necesaria ni apropiada. El legislador comunitario se equivocó al estimar que la Directiva produciría una reducción del consumo de tabaco, pues la publicidad sirve para consolidar la cuota de mercado de una marca más que para incrementar el número de fumadores. De hecho, no se llevó a cabo estudio especializado alguno en relación con el efecto probable sobre el tabaquismo de una prohibición de la publicidad, ni siquiera respecto a los productos diversifi-

cados, a pesar de haberlo instado el Consejo. Las alegaciones de que una prohibición absoluta reduciría el consumo global de tabaco fueron desestimadas por la Supreme Court (Tribunal Supremo) de Canadá y han sido rebatidas mediante un buen número de pruebas presentadas ante el Tribunal nacional en el asunto Imperial Tobacco. Existen otros métodos menos restrictivos y más eficaces para conseguir dicho objetivo, como las campañas informativas y las restricciones relativas al consumo de tabaco. La adopción de normas armonizadas sobre la libre circulación de periódicos y otras publicaciones o, incluso, la supresión total de los anuncios de tabaco en las publicaciones comercializadas en otros países habrían resultado menos restrictivas para los intercambios.

49. Los demandados replican que el legislador comunitario dispone de un amplio margen de discrecionalidad. Su opción legislativa sólo está sometida al control jurisdiccional en caso de error manifiesto o de imposición de desventajas que sean completamente desproporcionadas en relación con las ventajas que puedan derivarse de una norma. A fin de evaluar si una Directiva es o no proporcionada, pueden tenerse en cuenta tanto su objetivo principal, relativo al mercado interior, como el objetivo complementario relacionado con la salud. Habida cuenta de la importancia de ambos objetivos y del nivel de las restricciones nacionales existentes, el legislador comunitario logró un equilibrio apropiado entre los intereses generales y los particulares. Actualmente, todos los agentes económicos se hallan en situación de igualdad. La supresión de la información facilitada al público acerca de los cigarrillos con bajo contenido de alquitrán, por ejemplo, tuvo menor importancia que la reducción del consumo global esperada. Más

aún, no es plausible mantener que la Directiva no produciría dicho efecto, a la luz de los estudios citados por el Consejo, el Reino Unido y Francia, según los cuales la función de la publicidad es fomentar el consumo. Los demandados sostienen que, además, la prohibición no es total (a diferencia de la que fue anulada en Canadá) y que su resultado es una cierta liberalización en algunos Estados miembros. Hacen también referencia a los dilatados períodos transitorios previstos en algunos supuestos, a la facultad de prohibir algunos productos diversificados y al hecho de que sólo un aspecto del ejercicio de los derechos de marca es objeto de limitación.

iv) *Infracción del artículo 30*

50. Alemania alega que el legislador comunitario está obligado a respetar el artículo 30, incluso cuando adopta medidas de armonización. La Directiva impide efectivamente todo intercambio transfronterizo de medios publicitarios, restricción desproporcionada cuya necesidad no ha sido científicamente demostrada y respecto a la cual existen alternativas menos restrictivas.

51. Los demandados alegan que el artículo 30 sólo es aplicable en defecto de medidas de armonización. Incluso si dicho artículo fuera aplicable, no llevaría a un resultado diferente del que se deriva del

examen de la competencia en virtud del artículo 100 A del Tratado y de la proporcionalidad de la medida adoptada. La Directiva elimina efectivamente obstáculos a los intercambios, a la vez que garantiza un elevado nivel de protección de la salud.

v) *El derecho de propiedad y el derecho a ejercer una actividad económica*

52. Los demandantes invocan el artículo 222 del Tratado CE (actualmente artículo 295 CE) y el artículo 1 del Primer Protocolo al Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales). El artículo 3, apartado 1, de la Directiva priva a las compañías tabaqueras, a las agencias publicitarias y a las empresas de medios de comunicación de derechos contractuales existentes. Las restricciones impuestas en la utilización de marcas afectan a su contenido específico y constituyen una expropiación, contraria al artículo 20 del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (TRIPS), de 15 de abril de 1994, así como a los derechos fundamentales citados, y que sólo se atenúa en parte en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva. Se causarán pérdidas importantes a las empresas que comercializan productos diversificados. Estas restricciones son desproporcionadas y por tanto ilícitas.

53. Los demandados consideran que el artículo 222 del Tratado es irrelevante, ya

que la Directiva no afecta al régimen de la propiedad en los Estados miembros. Los derechos invocados no son absolutos y pueden ser sometidos a restricciones proporcionadas, por razón del interés general, que no afecten a la propia esencia de los derechos. La regulación de la utilización de los derechos de marca no equivale a su expropiación, pues éstos pueden continuar utilizándose en los propios productos del tabaco y en las formas de publicidad autorizadas. Además, la pérdida de beneficios no constituye una vulneración del derecho de propiedad ni del derecho al ejercicio de una actividad económica.

demostración científica convincente de que dichas restricciones conducirán a una reducción del consumo de tabaco. De hecho, la guerra de precios entre productores que resultará de ello originará probablemente un aumento del consumo. No es necesario que el Tribunal de Justicia reconozca al legislador comunitario un amplio margen de apreciación al respecto. La restricción impuesta es por tanto desproporcionada. Una prohibición total de la publicidad es una injerencia especialmente grave en la libertad de expresión y en la libertad de elección de los demás. La jurisprudencia canadiense, americana y austriaca apoya esta afirmación.

vi) *Libertad de expresión*

54. Los demandantes se apoyan, en particular, en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que abarca la protección de la libertad de expresión de carácter comercial, como en el supuesto de la publicidad mediante la que las empresas pueden comunicar al público información útil acerca de sus productos, como los de bajo contenido de alquitrán. El Derecho comunitario reconoce dicha protección. No son admisibles las restricciones a la libertad de expresión en relación con productos que son, en sí mismos, lícitos. Los demandantes no consideran que la realización del mercado interior sea un fundamento válido para restringir este derecho. La invocación de los beneficios de la prohibición para la salud pública es incoherente con la base jurídica de la Directiva. Además, no existe

55. Los demandados replican que los derechos fundamentales no son absolutos y deben ser considerados en el contexto del ordenamiento jurídico comunitario, que incluye la garantía de las libertades económicas fundamentales. El artículo 10, apartado 2, del Convenio autoriza restricciones a la libertad de expresión justificadas por razones de salud pública, que es un objetivo lícitamente perseguido por la Directiva junto al relativo al mercado interior. La publicidad del tabaco fomenta su consumo, que entraña importantes riesgos para la salud. En consecuencia, son proporcionadas las amplias restricciones de la libertad de expresión comercial relativas a dichos productos, en especial cuando su contenido informativo tiene escasa importancia. Se concede un largo período transitorio respecto al patrocinio de actividades artísticas y deportivas a fin de hacer posible la obtención de otras fuentes de financiación.

vii) *Motivación*

56. Los demandantes alegan que la motivación de la Directiva no es suficiente en varios aspectos y vulnera el artículo 190 del Tratado CE (actualmente artículo 253 CE). La exposición de motivos no hace referencia a los aspectos transfronterizos de la publicidad y del patrocinio del tabaco, a los obstáculos específicos a los intercambios o a las distorsiones de la competencia, que podrían justificar la adopción de una medida de armonización de la publicidad del tabaco, ni indica tampoco por qué razón las restricciones de la publicidad debían extenderse a todos los medios de comunicación, así como al patrocinio, a la distribución gratuita, a la publicidad de productos diversificados y a algunos aspectos de la utilización de las marcas en los productos del tabaco. Además, sus considerandos no reflejan plenamente el hecho de que el verdadero motivo para la adopción de la Directiva era la protección de la salud pública. Al mismo tiempo, tampoco indican cómo mejorará la Directiva la protección de la salud. Los considerandos omiten también toda referencia a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

57. Los demandados replican que los considerandos contienen los elementos esenciales de la motivación del legislador comunitario en relación con el mercado interior, que se halla expuesta de forma más completa en el examen del primer motivo de impugnación, resumido anteriormente, así como en relación con la necesidad de un elevado nivel de protección de la salud. El Derecho comunitario no exige que los considerandos de la exposición de motivos de una disposición general incluyan detalles técnicos. En estos casos es suficiente la

indicación de la situación general y de los objetivos perseguidos. El alcance de las restricciones a la publicidad impuestas por la Directiva se explica en los considerandos, mediante la referencia al peligro de elusión de una medida más limitada, así como a la necesidad de regular las formas indirectas de publicidad. No es preciso que exista una referencia expresa a principios como la subsidiariedad, siempre que, cuando estos principios sean aplicables, se recojan en los considerandos los elementos que demuestran su cumplimiento. En general, la motivación proporcionada es adecuada para que las partes y el Tribunal de Justicia puedan examinar la procedencia de un recurso.

V. *Análisis*i) *Base jurídica y competencia*

Introducción

58. A continuación, examinaré dos alegaciones de gran alcance formuladas por los demandantes, según las cuales la Directiva sobre publicidad no fue válidamente adoptada con arreglo a los artículos 57, apartado 2, y 100 A del Tratado, bien (i) porque su «centro de gravedad» es la protección de la salud, más que el mercado interior —en el que, por tanto, sus efectos son accesorios—, o bien (ii) porque, como medida esencialmente prohibitiva, no cum-

ple en cualquier caso los requisitos exigidos por dichas disposiciones. De forma sucinta, mi análisis es el siguiente. La competencia con arreglo a los artículos 57, apartado 2, y 100 A se define funcionalmente tomando como referencia los objetivos del mercado interior, de amplia aplicación horizontal en ámbitos que, de no ser así, serían regulados en muchos supuestos por los Estados miembros. Cuando proceda, la Comunidad debe tener en cuenta en el ejercicio de sus competencias la protección de la salud. A falta de una competencia clara de la Comunidad en materia de armonización de la protección de la salud y dada la posibilidad de perseguir al mismo tiempo objetivos de protección de la salud y objetivos propios del mercado interior, el problema de si la Comunidad ha actuado dentro de los límites de sus competencias no puede resolverse mediante la referencia al supuesto «centro de gravedad» de una medida, que se encontraría en uno de esos dos objetivos no comparables. El problema de la competencia debe, en cambio, resolverse mediante la valoración de la adecuación de la Directiva a las exigencias objetivas del mercado interior, teniendo en cuenta, en particular, los beneficios concretos para el mercado interior que, según se alega, persigue la medida. En el caso de la Directiva sobre publicidad, dichos beneficios son invocados por el legislador comunitario exclusivamente en relación con el sector de la publicidad y patrocinio del tabaco y con los medios de comunicación utilizados en éste. Dado que la Directiva impone efectivamente una prohibición total de la actividad económica en ese sector, y que no armoniza las normas nacionales reguladoras de las áreas de relativa menor importancia en las que la publicidad del tabaco no se prohíbe, no puede afirmarse que la Directiva facilite la libre circulación de mercancías o la libre prestación de servicios, ni que elimine distorsiones de la competencia en ese sector. La Directiva es así pues inválida habida cuenta de los

requisitos de la base jurídica en que se apoyó el legislador comunitario.

La naturaleza de la competencia comunitaria

59. Para examinar la alegación formulada en ambos asuntos, según la cual el legislador comunitario sobrepasó las facultades que le confiere el Tratado, y en particular, la afirmación de que la Directiva sobre publicidad no puede apoyarse en la base jurídica alegada, es preciso recordar la naturaleza de la competencia de la Comunidad y los principios que rigen el control de su ejercicio por el Tribunal de Justicia.

60. La competencia es conferida a la Comunidad por diferentes disposiciones del Tratado, con el fin de lograr los objetivos específicos de esas disposiciones, interpretados a la luz de los objetivos generales de la Comunidad, por lo que la amplitud de la competencia comunitaria debe ser determinada tomando como referencia el alcance de dichos objetivos. Así, el artículo 3 B, párrafo primero, del Tratado dispone que «la Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y *de los objetivos que éste le asigna*» (la cursiva es mía). Se desprende de esta disposición que la Comunidad «sólo dispone de com-

potencias de atribución». ⁵⁰ Entre otras, es función del Tribunal de Justicia garantizar la observancia por la Comunidad de los límites de tales competencias.

61. El Tribunal de Justicia ha declarado al respecto que «la elección de la base jurídica de un acto no puede depender únicamente de la convicción de una Institución respecto al fin perseguido». ⁵¹ Antes bien, ha destacado en una larga serie de sentencias que «en el marco del sistema de competencias de la Comunidad, la elección de la base jurídica de un acto debe fundarse en factores objetivos susceptibles de control jurisdiccional. Entre tales elementos figuran en particular el objetivo y el contenido del acto». ⁵² Aunque normalmente el Tribunal de Justicia tiene ocasión de reafirmar esta doctrina en los asuntos en los que se debate cuál de entre dos bases jurídicas debe utilizarse para adoptar un acto, este test objetivo se aplica igualmente en los asuntos en los que la única base jurídica alternativa potencial es el artículo 235 del Tratado ⁵³ y, a mi parecer, en aquellos asuntos en los que no existe aparentemente alternativa. ⁵⁴ En tales circunstancias,

incluidas las del presente asunto, se plantea ante el Tribunal de Justicia una discusión más o menos enconada acerca de las competencias normativas respectivas de la Comunidad y de los Estados miembros. ⁵⁵

62. La competencia atribuida a la Comunidad por el apartado 1 del artículo 100 A del Tratado es de naturaleza horizontal. No está limitada de antemano por la referencia a un objeto específico definido *ratione materiae*. ⁵⁶ Antes bien, la Comunidad está habilitada para adoptar medidas de armonización «que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior». Así pues, el alcance de la competencia comunitaria se define «en virtud de un criterio de carácter funcional, que se extiende transversalmente al conjunto de las medidas destinadas a la realización del mercado interior». ⁵⁷ Ese criterio «lleva generalmente a normas comunitarias que afectan a las más diversas áreas del Derecho nacional», ⁵⁸ siempre que sean relevan-

50 — Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 1996 (Rec. p. I-1759), apartado 23. Véase también el artículo 4, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 7 CE, apartado 1), y el primer motivo de anulación en el artículo 173 del Tratado, es decir, incompetencia.

51 — Sentencia de 11 de junio de 1991, Comisión/Consejo (C-300/89, Rec. p. I-2867; en lo sucesivo, «Dióxido de titanio»), apartado 10. En relación con la utilización como prueba de convicciones subjetivas, en el contexto del presente asunto, véanse más adelante los puntos 74 a 77.

52 — Sentencia de 13 de mayo de 1997, Alemania/Parlamento y Consejo (C-233/94, Rec. p. I-2405; en lo sucesivo, «Garantía de depósitos»), apartado 12. Más recientemente, véase la sentencia de 4 de abril de 2000, Comisión/Consejo (C-269/97, Rec. p. I-2257; en lo sucesivo, «Etiquetado de la carne de vacuno»), apartado 43.

53 — Véanse por ejemplo los apartados 10 y 11 de la sentencia dictada en el asunto «Garantía de depósitos», que preceden inmediatamente al pasaje citado *supra*.

54 — El Tribunal de Justicia puso de manifiesto en el apartado 30 del dictamen 2/94, citado en la nota 50 *supra*, que el artículo 235 «no puede servir de base para ampliar el ámbito de las competencias de la Comunidad más allá del marco general que resulta del conjunto de las disposiciones del Tratado», actuación para la que sería precisa una modificación del Tratado.

55 — La posibilidad de que la Directiva hubiera sido adoptada sobre la base del artículo 235 no es relevante a los efectos de los recursos de que es objeto en la actualidad, pues el artículo 235 no habría podido, en ningún caso, ser utilizado, a menos que se hubiera considerado que la Comunidad carecía de competencia para adoptar la Directiva sobre publicidad en base a los artículos 57, apartado 2, 66 y 100 A del Tratado; véase el apartado 29, dictamen 2/94, Convenio Europeo de Derechos Humanos, citado en la nota 50 *supra*; sentencia de 26 de marzo de 1987, Comisión/Consejo (45/86, Rec. p. 1494), apartado 13.

56 — A modo de ejemplo, las disposiciones que confieren a la Comunidad grados variables de competencia en ámbitos definidos *ratione materiae*, como la agricultura [artículos 39 del Tratado CE (actualmente 33 CE); 40 (actualmente artículo 34 CE, tras su modificación); 41 (actualmente artículo 35 CE); 42 (actualmente artículo 36 CE); y 43 (actualmente artículo 37 CE, tras su modificación)], y la protección del medio ambiente [artículo 130 S del Tratado CE (actualmente artículo 175 CE, tras su modificación)].

57 — Punto 10 de las conclusiones del Abogado General Sr. Tesouro en el asunto Dióxido de titanio, citado en la nota 51 *supra*.

58 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs en el asunto España/Consejo (sentencia de 13 de julio de 1995, C-350/92, Rec. p. I-1985; en lo sucesivo, «sentencia España»), punto 26. España solicitaba la anulación del Reglamento (CEE) n° 1768/92 del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativo a la creación de un certificado complementario de protección para los medicamentos (DO L 182, p. 1), basado en el artículo 100 A del Tratado.

tes para el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.⁵⁹ De esta forma, el alcance de la competencia conferida por el artículo 100 A se define exclusivamente con arreglo a su objetivo declarado, antes que a su objeto material.

63. El artículo 57, apartado 2, del Tratado también establece una competencia funcional de aplicación horizontal, si bien de alcance más específico o limitado que el de la competencia conferida a la Comunidad por el artículo 100 A: ninguna competencia estatal está excluida *a priori* del ámbito de aplicación de las medidas dirigidas a superar los obstáculos al establecimiento o la libre prestación de servicios. Los artículos 57, apartado 2, y 66 del Tratado son citados también como parte de la base jurídica de la Directiva, ya que los considerando primero y segundo de su exposición de motivos señalan que, en parte, la Directiva se refiere a los obstáculos a la libre prestación de servicios. Dado que los artículos 57, apartado 2, y 100 A guardan relación con la consecución de los objetivos del mercado interior, con mayor o menor grado de especificación respecto a sus ámbitos de aplicación, y que los procedi-

mientos legislativos que prescriben no son incompatibles,⁶⁰ no es necesario, en lo que aquí interesa, intentar determinar la línea divisoria precisa entre ambos, por ejemplo en lo que afecta a la competencia normativa para solucionar las distorsiones en la competencia económica entre prestadores de servicios.

Diferentes objetivos de las competencias comunitaria y nacional

64. Es propio de la naturaleza de las competencias conferidas para lograr objetivos funcionales definidos de manera muy amplia que su ejercicio afecte simultáneamente a materias que normalmente están incluidas en la competencia, definida *ratione materiae*, de los Estados miembros y/o de la Comunidad. Si se cumple el requisito de que su objeto sea el establecimiento o el funcionamiento del mercado interior o las normativas nacionales acerca del acceso o el ejercicio de actividades de prestación de servicios, el contenido de una medida de aproximación o de coordinación —su grado y clase de regulación— debe también, en principio, reflejar la influencia de intereses sustanciales como es la salud pública. Aún más, el artículo 100 A, apartado 3, obliga a la Comisión a basarse «en un nivel de protección elevado» cuando

59 — Deben señalarse aquí dos condicionantes: primero, el artículo 100 A, apartado 2, del Tratado excluye expresamente determinadas materias del ámbito de aplicación del apartado precedente; segundo, el artículo 100 A, apartado 1 es aplicable «salvo que el presente Tratado disponga otra cosa». Entre otros ejemplos cabe citar: el artículo 57, apartado 2 del Tratado, al que se refiere expresamente el artículo 7 A del Tratado; las disposiciones que tratan de objetivos sectoriales específicos, como los artículos 129 B a 129 D del Tratado CE (actualmente tras su modificación, los artículos 154 CE a 156 CE); más en general, la política agrícola común, regulada por el artículo 43 del Tratado.

60 — En esencia, ambas disposiciones establecen el mismo procedimiento legislativo, en lo que atañe a la Directiva. La previsión adicional por el artículo 100 A, apartado 1, de consultar al Comité Económico y Social se ha cumplido en el presente asunto y no puede afirmarse que afecte en lo sustancial al procedimiento previsto por el artículo 57, apartado 2, pues el Consejo habría estado facultado en cualquier caso para consultar; véase el apartado 18 de la sentencia Dióxido de titanio, citada en la nota 51 *supra*.

presente propuestas de aproximación en materia de «salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores». Ello es reforzado por el requisito de que «las exigencias en materia de protección de la salud constituirán un componente de las demás políticas de la Comunidad», expresado en el artículo 129, apartado 1, párrafo tercero.

son el objeto de una competencia comunitaria específica⁶² —y *a fortiori* otras inquietudes respecto a las cuales el propio Tratado contiene la recomendación expresa de un elevado nivel de protección.

65. Incluso en ausencia de disposiciones como el artículo 100 A, apartado 3, y el artículo 129, apartado 1, párrafo tercero, ello sería perfectamente normal, pues la Comunidad no actúa en un vacío político. Al adoptar medidas de aproximación o de coordinación, la Comunidad establece normas de ámbito comunitario que sustituyen a las normas nacionales, las cuales, cualquiera que sea su efecto restrictivo de los intercambios o distorsionador de la competencia, pueden haber sido motivadas por razones materiales enteramente diferentes, como la salud o la protección del consumidor y del medio ambiente, entre otras.⁶¹ Así pues, al adoptar actos normativos, la Comunidad ocupa el lugar de los Estados miembros y debe ponderar las inquietudes nacionales en materia de políticas que no

66. Así pues, la obvia preocupación por la salud pública que motivó las restricciones nacionales iniciales, divergentes, en materia de publicidad en algunos Estados miembros, y la política elegida por el legislador comunitario, en base evidentemente a inquietudes similares,⁶³ no generan *per se* duda alguna, a mi juicio, acerca de la competencia de la Comunidad para adoptar una medida relativa al mercado interior. Este hecho por sí solo no demuestra que la Comunidad haya invadido un ámbito exclusivamente reservado a los Estados miembros, ni que el objetivo de la medida sea la protección de la salud, con exclusión de cualquier otro fin.⁶⁴ El verdadero criterio de distinción es si puede considerarse o no que una determinada medida tiene como objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado

62 — Acerca de la obligación general del legislador comunitario de tener en cuenta la salud pública cuando legisla con bases jurídicas como son los artículos 43 y 100 del Tratado, véase la sentencia de 23 de febrero de 1988, Reino Unido/Consejo (68/86, Rec. p. 855; en lo sucesivo, «Hormonas»), apartados 12 y 14. Este asunto fue enjuiciado *antes* de la introducción del artículo 129 en el Tratado. Véase también el apartado 17 de la sentencia dictada en el asunto Garantía de depósitos, citado en la nota 52 *supra*, y el apartado 46 de la sentencia dictada en el asunto Etiquetado de la carne de vacuno, citado en la nota 52 *supra*, aunque claramente esa doctrina no puede interpretarse en el sentido de que el artículo 100 A puede ser aplicado para adoptar medidas de protección de la salud sin conexión con los criterios relativos al mercado interior expuestos más adelante. Respecto a un caso de control jurisdiccional de la observancia de una disposición horizontal de interés público, es decir, el artículo 129 A del Tratado CE (actualmente artículo 153 CE, tras su modificación), véanse los apartados 46 a 49 de la sentencia dictada en el asunto Garantía de depósitos, ya citado.

63 — Véanse los considerandos tercero y cuarto de la Directiva sobre publicidad.

64 — Véase la sentencia de 29 de marzo de 1990 (C-62/88, Grecia/Consejo, Rec. p. I-1527; en lo sucesivo, «Chernobyl griego»), apartado 20.

61 — Las normas nacionales mencionadas podían ciertamente haber sido justificadas haciendo referencia a dichas razones a los efectos de los artículos 30 y 59 del Tratado.

interior, o el logro de la libertad de prestación de servicios.⁶⁵ No puede suponerse que un nivel de protección de la salud más elevado signifique un «contenido» inferior en relación con el mercado interior. Cualquier objetivo sustantivo, relacionado con la salud o con cualquier otra materia objeto de regulación, que se contemple también, no es un objetivo subordinado o en competencia, sino antes bien un objetivo de diferente naturaleza, simplemente, y susceptible pues de ser perseguido simultáneamente, o «indisociablemente»⁶⁶ con tanta intensidad como la que el legislador desee (o considere obligado) disponer, siempre que la medida adoptada esté al servicio de los objetivos funcionales del mercado interior.

El «centro de gravedad» de la Directiva sobre publicidad

67. Los demandantes han alegado lo contrario y han atribuido considerable importancia al artículo 129, apartado 4, del Tratado. En esencia, mantienen que el «centro de gravedad» de la Directiva sobre publicidad se halla en el ámbito de la salud pública antes que en el mercado interior, así como que el artículo 129 es la única disposición del Tratado dedicada a ese objeto, y que el artículo 129, apartado 4 excluye expresamente cualquier armonización. Este último faculta al Consejo y al Parlamento para adoptar mediante el pro-

cedimiento de codecisión «medidas de fomento» para contribuir a la consecución de los objetivos de salud pública de dicho artículo, pero excluye expresamente «toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros».

68. A mi juicio, es evidente, a la luz de las alegaciones anteriores, que no resulta apropiado tratar de decidir sobre la validez de la Directiva mediante la determinación de si su «centro de gravedad» se halla en la protección de la salud pública antes que en los objetivos propios del mercado interior. Este criterio sólo es relevante cuando se discute si una medida debía haber sido adoptada al amparo de una de entre dos posibles bases jurídicas.⁶⁷ Normalmente, cuando ambos aspectos de una medida son igualmente sustanciales, ésta debe apoyarse en ambas bases jurídicas, y deben observarse los procedimientos legislativos aplicables.⁶⁸ Tan sólo cuando esos procedimientos sean incompatibles, es imposible una base jurídica dual y ha de elegirse una de ellas.⁶⁹ Por otra parte, si una medida se refiere principalmente a un ámbito de actuación, con efectos tan sólo secundarios en otras políticas, debe apoyarse únicamente en la primera base jurídica.⁷⁰ El concepto de «centro de gravedad» es mencionado a veces en este contexto, cuando se valora si los efectos de una medida en un

65 — Incluso en supuestos en los que se presentan varias bases jurídicas posibles «en competencia», parece preferible comenzar su control jurisdiccional examinando si concurrían o no los requisitos para actuar sobre la base jurídica efectivamente alegada; véase por ejemplo la estructura de la sentencia en los apartados 13 a 16 de la sentencia dictada en el asunto Chernobyl griego, *ibid.*

66 — Apartado 13 de la sentencia dictada en el asunto Dióxido de titanio, citado en la nota 51 *supra*.

67 — Los principios aplicables en estos supuestos fueron expuestos de forma sumaria por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 25 de febrero de 1999, Parlamento/Consejo (asuntos acumulados C-164/97 y C-165/97, Rec. p. I-1139; en lo sucesivo, «Protección de los bosques»), apartado 14.

68 — Sentencia de 27 de septiembre de 1988, Comisión/Consejo (165/87, Rec. p. 5545), apartados 6 a 13; sentencia de 30 de mayo de 1989, Comisión/Consejo (242/87, Rec. p. 1425), apartados 33 a 37.

69 — Véase la sentencia Dióxido de titanio, citada en la nota 51 *supra*, apartados 17 a 21.

70 — Sentencia de 4 de octubre de 1991, Parlamento/Consejo (C-70/88, Rec. p. I-2041; en lo sucesivo, «Chernobyl»), y de 26 de marzo de 1996, Parlamento/Consejo (C-271/94, Rec. p. I-1689), apartados 32 y 33.

ámbito son meramente accesorios o secundarios.

69. Sin embargo, en los presentes asuntos no se plantea la elección entre dos posibles bases jurídicas. Resulta evidente que el artículo 129, apartado 4, del Tratado no constituye una base jurídica alternativa para la Directiva sobre publicidad, ya que excluye la adopción de medidas de armonización. Antes bien, el supuesto es similar en parte al del asunto Dióxido de titanio:⁷¹ si de dos bases jurídicas debe excluirse necesariamente una, como en el asunto mencionado, o si no existe una base jurídica alternativa, como en los presentes asuntos, la Comunidad es competente, en virtud del artículo 100 A (y por extensión del razonamiento del Tribunal de Justicia, en virtud del artículo 57, apartado 2), para adoptar medidas que estén al servicio del mercado interior; y al mismo tiempo al servicio de otra finalidad de interés público, ya sea la protección del medio ambiente o de la salud pública. El problema de competencia será resuelto reconociendo ésta siempre que el objetivo relativo al mercado interior sea efectivamente promovido; así, en el asunto Dióxido de titanio, el Tribunal de Justicia examinó los requisitos objetivos para legislar en base al artículo 100 A, con independencia del «peso» relativo de los aspectos relacionados con el mercado interior y con el medio ambiente en la normativa adoptada.⁷² De modo similar, el problema de si los efectos de una medida en el mercado interior son meramente secundarios no puede ser resuelto, en las presentes circunstancias, mediante la valoración de la intensidad relativa de los aspectos de la medida relacionados con el

mercado interior y la salud pública. Me he esforzado anteriormente en demostrar que dichos objetivos no son mutuamente excluyentes, sino que tienen, más bien, una naturaleza diferente, y no están en conflicto entre sí. El carácter meramente accesorio o secundario de los efectos de una medida en el mercado interior debe determinarse mediante la referencia a los criterios específicos propios de este último objetivo, de conformidad con el Tratado, como trato de hacer a continuación.

El ámbito de aplicación del artículo 129, apartado 4, del Tratado

70. Los demandantes citan también el artículo 129, apartado 4, del Tratado como norma que limita el ámbito de actuación de la Comunidad *con arreglo al propio artículo 100 A*. Ambos se apoyan en una afirmación del Abogado General Sr. Jacobs en sus conclusiones en el asunto España.⁷³

71. Si bien no se discute que la Directiva no podía haber sido adoptada en base al artículo 129, apartado 4, sería sorprendente (y contrario a la seguridad jurídica) que los autores del Tratado de la Unión Europea, al establecer en éste nuevas facultades en relación con la salud pública, hubieran restringido tan rigurosamente la competencia existente en un ámbito diferente, simplemente porque en ocasiones

71 — Citado en la nota 51 *supra*, apartados 13, 16 y 21 a 24, especialmente apartado 24.

72 — *Ibid.*, apartados 14, 15 y 23 de la sentencia.

73 — Asunto citado en la nota 58 *supra*, apartado 27 de la sentencia.

tiene incidencia en la salud.⁷⁴ Los artículos 100 A y 129 no son en modo alguno contradictorios. Como se ha visto anteriormente, el artículo 100 A, apartado 3, y el artículo 129, apartado 1, párrafo tercero, conjuntamente, revelan que el artículo 100 A puede ser aplicado para adoptar medidas que tengan como objetivo una mejor protección de la salud. La limitación establecida en el artículo 129, apartado 4, no está en contradicción con dichas disposiciones. Según sus propios términos, sólo afecta a las «medidas de fomento» previstas en dicho apartado.

72. En mi opinión, el Abogado General Sr. Jacobs tampoco afirmó algo diferente en el pasaje citado por las compañías tabaqueras y por Alemania. Simplemente citó el artículo 129, apartado 4 y otras disposiciones, como ejemplos de exclusión de la competencia normativa comunitaria, a fin de contrastar esas disposiciones con la falta de toda limitación semejante en relación con «el Derecho de patentes, o [...] el Derecho de propiedad intelectual en general». Tampoco manifestó expresamente, ni puede suponerse implícitamente de modo razonable que lo hiciera, opinión alguna acerca del alcance de dicha exclusión, ni, en particular, acerca de si ésta limitaba la competencia normativa más allá de su contexto específico. En el marco del artículo 100 A, toda exclusión de este tipo habría sido establecida más fácilmente mediante la ampliación de la lista recogida en el artículo 100 A, apartado 2, de las disposiciones excluidas *ratione materiae*.

74 — Está claro, por ejemplo, a partir de la sentencia en el asunto Chernobyl griego, citada en la nota 64 *supra*, apartados 19 y 20 de la sentencia, que la adición del artículo 130 R del Tratado CE (actualmente artículo 174 CE, tras su modificación), no alteró las competencias de que dispone la Comunidad en virtud de otras bases jurídicas; véase también el asunto C-405/92, Mondiet/Armement Islais, Rec. 1993, p. I-6133.

73. En resumen, considero que el artículo 129 del Tratado es irrelevante para la controversia sobre la base jurídica en los presentes asuntos. Su alegación por parte de los demandantes parece derivar de una premisa errónea. Esta premisa claramente errónea es la de que, de no ser por la limitación del artículo 129, apartado 4, la Comunidad habría sido competente para adoptar medidas de armonización «para contribuir a la consecución de los objetivos del presente artículo» (el artículo 129), basándose en *otras* disposiciones del Tratado, como el artículo 100 A, con independencia de los objetivos específicos de esas otras bases jurídicas.

Proceso de elaboración de la Directiva

74. Los demandantes también se han referido extensamente a la serie de actuaciones que llevaron a la adopción de la Directiva sobre publicidad, muchas de las cuales he resumido anteriormente (puntos 14 a 20). Es cierto, desde luego, que el Tribunal de Justicia presta en ocasiones atención al proceso de elaboración normativa, en cuanto ayuda a interpretar los actos comunitarios.⁷⁵ El Tribunal de Justicia se ha referido incluso al rechazo por el Consejo de una enmienda propuesta por el Parlamento como la confirmación de la intención del primero de mantener el «centro de

75 — Véanse por ejemplo la sentencia de 7 de diciembre de 1995, Rockfon (C-449/93, Rec. 1995, p. I-4291), y la sentencia de 29 de octubre de 1999, ARD (C-6/98, Rec. p. I-7599).

gravedad» de la medida entre dos bases jurídicas.⁷⁶ No obstante, de manera más general, la referencia al contexto en que una medida fue adoptada es irrelevante para determinar la base jurídica adecuada.⁷⁷

75. Los demandantes no aluden al proceso de elaboración a fin de interpretar alguna disposición oscura de la Directiva sobre publicidad, sino para demostrar que —tanto por su contenido como por la intención de sus autores—, era en realidad una medida dirigida prioritariamente a la protección de la salud pública, mediante la reducción de las ventas de productos del tabaco, y que en virtud de este hecho no era en verdad una medida relativa al mercado interior. No obstante, se desprende claramente de mi análisis anterior que cualquier medida relativa al mercado interior, por su propia esencia, persigue con toda licitud dos objetivos —uno es la eliminación de los obstáculos a los intercambios o de las distorsiones de la competencia; el otro (medio para lograr el primero) es la adopción de medidas comunitarias de armonización que sustituyan a las normas nacionales en el ámbito correspondiente—. Así pues, dejando totalmente aparte el hecho de que el Tratado contempla tan sólo un Consejo, integrado simplemente por «un representante de cada Estado miembro de rango ministerial, facultado para compro-

meter al *Gobierno* de dicho Estado»,⁷⁸ el desarrollo de las negociaciones en el Consejo, antes de la adopción final de la Directiva por los Ministros de Salud, no prueba nada. Así ocurre también respecto a la discusión de la propuesta en un Grupo de Trabajo del Consejo y en un Comité parlamentario de salud pública. Además, es previsible que quienes participan, a nivel político, en el impulso o la adopción de dichas medidas puedan estar interesados y motivados —incluso principalmente motivados— por el segundo aspecto antes que por el primero. Esas prioridades son completamente subjetivas y por tanto es inadecuado que el Tribunal de Justicia tenga en cuenta las manifestaciones de representantes políticos en el proceso de elaboración de la Directiva.

76. De modo similar, aunque pudieran admitirse como prueba informes jurídicos como los que se atribuyen al Servicio Jurídico del Consejo,⁷⁹ el hecho de que dichos informes fueran emitidos y de que a nivel político no fueran atendidos, así como su aparente contradicción con la posición del Consejo en los presentes asuntos, los hace irrelevantes para la apreciación jurídica objetiva de la normativa por parte del Tribunal de Justicia. El control de la competencia comunitaria para adoptar esas medidas por el Tribunal de Justicia sigue centrado en la cuestión de si están o no al

76 — Sentencia de 23 de febrero de 1999, Parlamento/Consejo (C-42/97, Rec. p. I-869), apartado 54. Véase también el examen de documentos preparatorios en la sentencia de 23 de febrero de 1988, Reino Unido/Consejo (131/86, Rec. p. 905), apartados 26 y 27; los citados documentos confirmaron la apreciación por el Tribunal de Justicia sobre la finalidad y la base jurídica adecuada de la medida impugnada, y es posible que los tomara en consideración simplemente porque el Reino Unido los había alegado, en sentido contrario.

77 — Asunto Etiquetado de la carne de vacuno, citado en la nota 52 *supra*, apartado 44 de la sentencia.

78 — Artículo 146 del Tratado CE (actualmente artículo 203 CE), resaltado por mí; véase también el apartado 1 del artículo 4 del Tratado.

79 — Aunque dichos informes no tienen carácter confidencial, como se reconoció en la sentencia de 18 de mayo de 1982, AM&S/Comisión (155/79, Rec. p. 1575), apartado 18, comparto la opinión expresada por el Abogado General Sr. Jacobs en el punto 35 de sus conclusiones en el asunto España, citado en la nota 58 *supra*, según la cual dicho asesoramiento no debe ser invocado en un proceso ante el Tribunal de Justicia sin la autorización de la institución correspondiente.

servicio del objetivo primeramente mencionado.

77. Respecto al proceso de elaboración de la Directiva, en sentido estricto, los demandantes pusieron mucho énfasis en la supresión del borrador de la Directiva, en una fase muy avanzada, de tres considerandos, antes citados (punto 19), que hacían referencia a la preocupación del legislador comunitario por la salud pública. Sin embargo, lo realmente relevante es si el mantenimiento de estos tres considerandos de la propuesta habría alterado la naturaleza de la Directiva sobre publicidad. No veo cómo podría haber sido así, a no ser que la determinación del objetivo de la normativa comunitaria hubiera de limitarse a la operación matemática de contar las referencias a diferentes políticas expresadas en la exposición de motivos. Los considerandos suprimidos ampliaban simplemente ciertos puntos, relativos a los objetivos del legislador en materia de salud pública, que resultaban ya evidentes en los considerandos tercero y cuarto de la exposición de motivos y que, como tales, no eran ilegítimos.

Desviación de poder

78. A mi entender, la alegación por Alemania de que el legislador comunitario había incurrido en una desviación de poder tampoco está en modo alguno respaldada por el proceso de elaboración de la Directiva sobre publicidad. La desviación de poder ha sido definida por el Tribunal de Justicia, en el contexto de la potestad normativa, como «la adopción por una

Institución comunitaria de un acto con el fin exclusivo, o al menos determinante, de alcanzar fines distintos de los alegados, o de eludir un procedimiento específico establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso». ⁸⁰ Como ya se ha señalado anteriormente, el Tratado no prescribe un procedimiento específico para la armonización de normativas relativas a la protección de la salud pública *ratione materiae*; antes bien, esa competencia de armonización está expresamente excluida por el artículo 129, apartado 4, de lo que resulta que no concurre el segundo motivo que permite concluir que se ha producido una desviación de poder.

79. En lo que atañe al primer motivo que permite apreciar la existencia de una desviación de poder, los considerandos tercero y cuarto de la exposición de motivos de la Directiva aluden claramente al objetivo simultáneo relativo a la protección de la salud, y, como he dicho ya, la omisión de otros considerandos en el mismo sentido, contenidos en el proyecto de Directiva, no desvirtúa el hecho de que la prosecución de ese objetivo no es ilícita en el marco de las medidas adoptadas en base al artículo 57, apartado 2, y al artículo 100 A del Tratado. Más aún, quiero recordar que, no sólo la prosecución de los objetivos relativos a la protección de la salud y al mercado interior no se excluyen mutuamente, sino que este último objetivo debe ser acompañado por el primero cuando proceda. Así pues, como ya he señalado, no resulta en modo alguno sorprendente, ni —añado ahora— inadecuado, que los representantes políticos manifiesten su interés por los beneficios para la salud de la Directiva

⁸⁰ — Véase la sentencia de 12 de noviembre de 1996, Reino Unido/Consejo (C-84/94, Rec. p. I-5753; en lo sucesivo, «Tiempo de trabajo»), apartado 69.

sobre publicidad. Incluso su relativo silencio acerca de los beneficios alegados para el mercado interior no permite demostrar que, de hecho, no se contemplaran o buscaran dichos beneficios. Alemania no ha aportado ninguna prueba concluyente de lo contrario. Por lo demás, los restantes elementos probatorios presentados ante el Tribunal de Justicia no revelan indicio alguno de la existencia de una desviación de poder. Por tanto, la alegación por Alemania de una desviación de poder debe ser desestimada. El problema de si los objetivos relativos al mercado interior invocados por el legislador comunitario se consiguen efectivamente mediante la Directiva tiene un carácter objetivo, vinculado a la competencia. Una respuesta negativa a esta cuestión no es suficiente, en mi opinión, para demostrar la desviación de poder por parte del legislador.

80. Así pues, el verdadero problema en los presentes asuntos no es si la protección de la salud ocupaba un lugar destacado en la motivación de los impulsores de la adopción de la Directiva, sino el de si el *mercado interior* constituye, por sí mismo, una base jurídica aceptable para la Directiva. A falta de una base jurídica alternativa, consagraré el resto de mi análisis de la competencia de la Comunidad, en primer lugar, a la identificación de los requisitos objetivos para la aplicación del artículo 57, apartado 2, y del artículo 100 A del Tratado y, en segundo lugar, a la determinación del cumplimiento o del incumplimiento de dichos requisitos por la Directiva sobre publicidad. Como cuestión preliminar, es preciso mencionar brevemente y rebatir la alegación de Alemania relativa a la relevancia del procedimiento aplicable al voto en el Consejo para la identificación de los requisitos del ejercicio de la competencia comunitaria.

La relevancia del procedimiento de votación en el Consejo

81. Alemania insistió, en especial en la vista oral, en el hecho de que el artículo 100 A implica la votación por mayoría cualificada y arguyó que, por tanto era posible hacer un uso abusivo de dicha competencia horizontal para invadir ámbitos de competencia de los Estados miembros. Ello carece de cualquier influencia a la hora de determinar la base jurídica adecuada, si la hay, de una medida comunitaria, que debe observar los mismos principios objetivos, con independencia del procedimiento legislativo aplicado. Como ya he indicado antes, la Comunidad debe en cualquier caso actuar dentro de los límites de su competencia, incluso en el supuesto de voto por unanimidad en el Consejo para adoptar una medida basada en los amplios términos del artículo 235 del Tratado.⁸¹ Las consideraciones adicionales relativas a la soberanía de los Estados miembros son irrelevantes para el análisis de dichas competencias.⁸² En el asunto Dióxido de titanio, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 100 A debía prevalecer como base jurídica respecto al artículo 130 S, incluso aunque el primero requiriese la votación por mayoría cualificada en el Consejo y el segundo votación por unanimidad.⁸³ A la luz de mi análisis del carácter horizontal del artículo 100 A, es difícil aceptar que deba imponerse *a priori* un límite cualquiera a la competencia normativa comunitaria, de crucial importancia, para la consecución del establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, *además y por encima de los límites*

81 — Dictamen 2/94, Convenio Europeo de Derechos Humanos, citado en la nota 50 *supra*, apartado 30.

82 — Véase el punto 37 de las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs en el asunto España, citado en la nota 58 *supra*.

83 — Citado en la nota 51 *supra*, apartados 18 y 19 de la sentencia.

inherentes a ese mismo objetivo, simplemente porque conlleva la votación por mayoría cualificada. Éste es precisamente el mecanismo introducido por el Acta Única Europea con el fin de que la integración del mercado no estuviera sometida al veto de un solo Estado miembro.⁸⁴ La mejor protección, de conformidad con el Tratado, de los intereses de un Estado miembro contra el abuso o la extralimitación por parte de la Comunidad es el control jurisdiccional por el Tribunal de Justicia de la observancia por el legislador comunitario de los requisitos objetivos del artículo 100 A, o, en su caso, del artículo 57, apartado 2. Como manifesté en el apartado inmediatamente anterior, ello requiere, en primer lugar, identificar los requisitos para la aplicación de esas disposiciones.

[...]

- g) un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior,
- h) la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común.»

El artículo 7 A, párrafo segundo, del Tratado declara:

El mercado interior

82. El artículo 3 del Tratado CE (actualmente artículo 3 CE, tras su modificación) define la acción de la Comunidad, según lo previsto en el Tratado, que incluye:

- «c) un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales,

«El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado.»

83. Estas disposiciones revelan que el mercado interior no es un sinónimo carente de significado de cualquier regulación económica general. Esta cuestión tiene importancia a la luz de las alegaciones del Consejo, según las cuales la prosecución de los objetivos del mercado interior no necesariamente ha de ser liberalizadora, sino que puede ser simplemente reguladora. Más adelante explico porqué el mercado interior no puede ser definido de modo simplista en términos de liberalización o desregulación. No obstante, el otorgamiento de compe-

⁸⁴ — Véanse las observaciones del Abogado General Sr. Tesaura en el asunto Dióxido de titanio, citado en la nota 51 *supra*, punto 13 de sus conclusiones. No obstante, quiero añadir a mis comentarios en el texto principal que la posibilidad de votación por mayoría cualificada en el Consejo con arreglo al artículo 100 A del Tratado no es por sí misma una razón para interpretar esa disposición con mayor amplitud que si no fuera aplicable esa clase de votación.

tencia para la prosecución de su establecimiento y funcionamiento, en virtud tanto del artículo 100 A como de disposiciones más específicas, como el artículo 57, apartado 2, no puede a mi juicio equipararse a la instauración de una competencia normativa comunitaria general. Las competencias de que se trata son conferidas, bien para facilitar el ejercicio de las cuatro libertades, bien para igualar las condiciones de la competencia económica.

84. En relación con la libre circulación, los dos asuntos «Residuos»⁸⁵ confirman este punto. En el asunto Residuos I, el Tribunal de Justicia observó que la finalidad de la Directiva controvertida⁸⁶ era la aplicación del principio de que los residuos deben ser eliminados los más cerca posible del lugar en el que se originan, para limitar en lo posible su transporte,⁸⁷ y concluyó que no podía considerarse que la Directiva estableciera la libre circulación de residuos dentro de la Comunidad.⁸⁸ Como señaló el Abogado General Sr. Tesouro, la medida controvertida «trata de asegurar, no la liberalización de los intercambios de resi-

duos, sino antes al contrario la reducción de los movimientos de residuos dentro de la Comunidad».⁸⁹ De modo semejante, el asunto Residuos II trataba de un Reglamento⁹⁰ que el Tribunal de Justicia interpretó en el sentido de que establecía un conjunto de procedimientos armonizados mediante los que la circulación de residuos podía ser limitada por razones relativas al medio ambiente y que en consecuencia no consideró dirigido a la aplicación de la libre circulación de residuos dentro de la Comunidad.⁹¹ Puede señalarse que el Tribunal de Justicia refutó implícitamente el argumento de que una medida puede ser incluida en el artículo 100 A del Tratado si *regula* la circulación de mercancías entre los Estados miembros, sin que sea necesario que realmente la *facilite*.⁹²

85. No es preciso aclarar que la jurisprudencia anteriormente mencionada no exige que los artículos 7 A, 57, apartado 2, y 100 A del Tratado sean interpretados como una especie de reglas constitucionales de signo liberal, que llevaría a la armonización en torno a la norma más laxa o incluso alrededor de alguna clase de punto intermedio situado entre las normas nacionales preexistentes. En primer lugar, me he

85 — Sentencias de 17 de marzo de 1993, Comisión/Consejo (C-155/91, Rec. p. I-939; en lo sucesivo, «Residuos I»), y de 28 de junio de 1994, Parlamento/Consejo (C-187/93, Rec. p. I-2857; en lo sucesivo, «Residuos II»), apartado 25. Acerca de la compatibilidad con el mercado interior de medidas comunitarias de armonización que imponen restricciones o prohibiciones a ciertas actividades económicas, véanse también el asunto España, citado en la nota 58 *supra*, el asunto Garantía de depósitos, citado en la nota 52 *supra*, y la sentencia de 9 de agosto de 1994, Alemania/Consejo (C-359/92, Rec. p. I-3681; en lo sucesivo, «Seguridad de los productos»), todos los cuales se analizan más adelante.

86 — Directiva 91/156/CEE del Consejo, de 18 de marzo de 1991, por la que se modifica la Directiva 75/442/CEE relativa a los residuos (DO L 78, p. 32).

87 — Sentencia Residuos I, citada en la nota 85 *supra*, apartados 13 y 14.

88 — *Ibid.*, apartado 15.

89 — *Ibid.*, conclusiones, p. I-959.

90 — Reglamento (CEE) nº 259/93 del Consejo, de 1 de febrero de 1993, relativo a la vigilancia y al control de los traslados de residuos en el interior, a la entrada y a la salida de la Comunidad Europea (DO L 30, p. 1).

91 — Sentencia Residuos II, citada en la nota 85 *supra*, apartados 23 y 26. Véanse también los puntos 44 y 45 de las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs, que fueron citados con aprobación por el Tribunal de Justicia.

92 — Este argumento fue atribuido al Parlamento por el Abogado General Sr. Jacobs en el punto 38 de sus conclusiones. Alegó en contra que debe preguntarse «si la medida tiene el objetivo global de fomentar, y no de restringir, dicha circulación (de productos)»; *ibid.*, punto 43. El Tribunal de Justicia no se pronunció expresamente sobre este propuesto test.

referido ya a la obligación comunitaria⁹³ de tener en cuenta las preocupaciones por el interés público y por tanto el grado de protección alcanzado o pretendido por los Estados miembros.

86. En segundo lugar, las medidas de armonización que imponen restricciones de importancia en razón del interés público no deben ser siempre consideradas como dirigidas a reducir los intercambios en el sector afectado. La habilitación del legislador comunitario para imponer dichas restricciones, incluso hasta el extremo de prohibir los intercambios de determinados productos, a la vez que persigue objetivos más amplios relativos a la libre circulación y otros intereses públicos, queda ilustrada por el asunto Seguridad de los productos. El Tribunal de Justicia concilió estos objetivos en apariencia conflictivos, en relación con una medida que facultaba a la Comisión para requerir de los Estados miembros la adopción de medidas temporales que prohibieran la comercialización de productos peligrosos:⁹⁴

«Sólo puede garantizarse la libre circulación de los productos si los requisitos de seguridad impuestos a los mismos no divergen sensiblemente de un Estado miembro a otro. En cuanto al nivel elevado de seguridad, sólo puede alcanzarse si los productos peligrosos son objeto de medidas

apropiadas en todos los Estados miembros».

Así pues, un régimen uniforme para hacer frente a productos peligrosos fue adecuadamente interpretado como una medida que facilitaba la libre circulación de mercancías en general. La libre circulación de mercancías puede ciertamente ser facilitada por medidas que impidan, restrinjan o dificulten la circulación de mercancías específicas.⁹⁵

En el asunto Rewe-Zentrale/Landwirtschaftskammer Rheinland⁹⁶ el Tribunal de Justicia declaró que «aunque [...] los artículos 30 y 36 del Tratado se aplican principalmente a las medidas unilaterales adoptadas por los Estados miembros, las propias Instituciones comunitarias deben también prestar la debida observancia a la libertad de intercambios dentro de la Comunidad, que es un principio fundamental del mercado común». El Tribunal de Justicia declaró, no obstante, que las inspecciones que debían practicarse en virtud de la Directiva discutida en ese asunto⁹⁷ «no

95 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs en el asunto Residuos II, citado en la nota 85 *supra*, punto 44. Hizo referencia a la Directiva 91/157/CEE del Consejo, de 18 de marzo de 1991, relativa a las pilas y a los acumuladores que contengan determinadas materias peligrosas (DO L 78, p. 38), y afirmó que la prohibición de venta de pilas que contuvieran mayor nivel de mercurio que el establecido fue impuesta a fin de que las pilas sin excesivo nivel de mercurio pudieran circular libremente en el mercado interior. Véase también, por ejemplo, el artículo 4 de la Directiva 76/768/CEE del Consejo, de 27 de julio de 1976, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de productos cosméticos (DO L 262, p. 169; EE 15/01, p. 206), que obliga a los Estados miembros, en interés de la salud pública, a prohibir la comercialización de productos cosméticos que contengan alguno de los ingredientes que especifica.

96 — Sentencia de 29 de febrero de 1984, 3783, Rec. p. 1229, apartado 18.

97 — Directiva 77/93/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, relativa a las medidas de protección contra la introducción en los Estados miembros de organismos nocivos para los vegetales o productos vegetales (DO 1977 L 26, p. 20; EE 03/11, p. 121), en especial el artículo 11, apartado 3.

93 — Para un ejemplo de control jurisdiccional de la observancia del artículo 100 A, apartado 3, véase la sentencia Garantía de depósitos, citada en la nota 52 *supra*, apartado 48.

94 — Asunto Seguridad de los productos, citado en la nota 85 *supra*, apartado 34 de la sentencia. Véanse también las observaciones del Abogado General Sr. Jacobs, en el punto 33 de sus conclusiones en este asunto.

estaban dirigidas a *obstaculizar* los intercambios intracomunitarios»; la Directiva controvertida pretendía «por el contrario [...] lograr la abolición gradual de las medidas adoptadas unilateralmente por los Estados miembros y que en aquel momento estaban justificadas en principio por el artículo 36 del Tratado». ⁹⁸

87. Un ejemplo más relevante para los presentes asuntos lo proporciona la prohibición de publicidad de productos del tabaco en la televisión, en virtud del artículo 13 de la Directiva 89/552. Ésta y otras normas relativas al contenido publicitario de las emisiones se dirigen en parte a armonizar las condiciones de prestación de servicios de difusión de televisión. En consecuencia, «los Estados miembros garantizarán la libertad de recepción y no obstaculizarán la retransmisión en su territorio de emisiones de radiodifusión televisiva procedentes de otros Estados miembros por motivos relativos a la publicidad televisada y al patrocinio». ⁹⁹ De modo parecido, el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 89/622 y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 90/239 prohíben a los Estados miembros impedir la venta de productos de tabaco que cumplan los requisitos establecidos por dichas Directivas en relación con el etiquetado y el contenido máximo de alquitrán.

88. En tercer lugar, el artículo 100 A del Tratado no tiene por objeto único la supresión de los obstáculos al ejercicio de

las cuatro libertades. «Para la ejecución de las libertades fundamentales enunciadas en el artículo 8 A, las disparidades existentes entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros necesitan de medidas de armonización en los ámbitos en los que existe el riesgo de que dichas disparidades creen o mantengan condiciones falseadas de competencia». ¹⁰⁰ El artículo 100 A puede ser aplicado pues para la adopción de medidas de armonización dirigidas a igualar las condiciones de competencia en un sector económico determinado, por ejemplo, la eliminación de subproductos contaminantes, a la vez que para lograr, «indisociablemente», un objetivo de interés público, como es un elevado nivel de protección del medio ambiente. De esta forma, el Tribunal de Justicia estimó que el artículo 100 A era la base jurídica adecuada de la medida discutida en el asunto Dióxido de titanio, medida que establecía una prohibición total de eliminación en aguas comunitarias o en alta mar de determinados residuos procedentes de industrias que utilizan procedimientos específicos y fijaba el contenido máximo en sustancias nocivas de otros residuos eliminados. ¹⁰¹ El artículo 1 de esta Directiva declaraba expresamente que «su finalidad era mejorar las condiciones de competencia en la industria del dióxido de titanio». Por tanto, opino que el legislador comunitario puede imponer requisitos gravosos que se apliquen de igual manera en todo el mercado interior a la actividad

98 — Sentencia citada en la nota 96 *supra*, apartado 19; la cursiva es mía. Como pone de manifiesto la referencia al artículo 36, este asunto es también relevante para el aspecto tratado inmediatamente antes, acerca de la consideración de las preocupaciones por el interés público al legislar en relación con el mercado interior.

99 — Véase la sentencia de 9 de julio de 1997, KO/De Agostini y TV-Shop (asuntos acumulados C-34/95, C-35/95 y C-36/95, Rec. p. I-3843; en lo sucesivo, «De Agostini»), apartado 33.

100 — Sentencia Dióxido de titanio, citada en la nota 51 *supra*, apartado 15. El artículo 8 A pasó a ser el artículo 7 A del Tratado CE, y después, tras su modificación, el artículo 14 CE. Aunque la eliminación de distorsiones de la competencia se declare necesaria para hacer efectivas las cuatro libertades, conviene tratar por separado, en el análisis que sigue, los problemas relativos a los obstáculos o restricciones al ejercicio de esas libertades, por un lado, y a las distorsiones de la competencia, por otro.

101 — Directiva 89/428/CEE del Consejo, de 21 de junio de 1989, por la que se fijan las modalidades de armonización de los programas de reducción con vistas a la supresión de la contaminación producida por los residuos industriales de dióxido de titanio (DO L 201, p. 36). Véase la sentencia Dióxido de titanio, citada en la nota 51 *supra*, apartado 2.

empresarial de que se trate, incluidas cargas que, bajo cualquier punto de vista, sean superiores a la adición o a la media de las impuestas por las diferentes normas nacionales vigentes antes de la adopción de la medida comunitaria.

89. No obstante, la búsqueda de condiciones iguales de competencia no da carta blanca al legislador comunitario para armonizar cualesquiera normas nacionales conocidas, ya sea en un sentido liberalizador o restrictivo. Sin condicionar en modo alguno mi refutación del argumento de Alemania basado en el peligro de ampliar la competencia comunitaria a través del voto por mayoría cualificada, considero que existiría el riesgo de transferir la competencia normativa general de los Estados miembros a la Comunidad, si la aplicación del artículo 100 A para adoptar medidas de armonización en favor de una competencia sin distorsiones no estuviera sometida a algún test acerca de la realidad del vínculo entre esas medidas y los objetivos propios del mercado interior. La omisión en los artículos 7 A y 100 A del Tratado de una referencia a las condiciones iguales de competencia proporciona una razón adicional para evitar que el artículo 100 A se convierta en un instrumento de política económica general basada en dicho fundamento.

90. El Tribunal de Justicia parece haber sugerido en el asunto Dióxido de titanio un posible test, consistente en un requisito previo para aplicar el artículo 100 A: que la distorsión de la competencia que se trata de superar mediante una medida de armo-

nización debe ser apreciable.¹⁰² Estaría a favor de este test, pero no es necesario, a los efectos de mi análisis posterior, que me pronuncie de forma definitiva al respecto.

91. Otro requisito, identificable con claridad en la jurisprudencia y de mayor relevancia directa para lo que aquí interesa, se refiere a la naturaleza de la medida de armonización adoptada en virtud del artículo 100 A del Tratado. Este artículo no es la base jurídica adecuada para una medida cuyo efecto en la armonización de las condiciones de competencia es meramente secundario. No se trata del simple problema de determinar cuál de los objetivos conocidos de una medida es el principal. El Tribunal de Justicia ha declarado, en términos antes categóricos que simplemente relativos, que «el solo hecho de que el establecimiento o el funcionamiento del mercado interior sea afectado no basta para que el artículo 100 A sea aplicable».¹⁰³ Interpreto el pronunciamiento a estos efectos del Tribunal de Justicia en el asunto Residuos I¹⁰⁴ en el sentido de que indica que la Directiva controvertida en ese asunto no podía haber sido adoptada en

102 — Véanse las sentencias Dióxido de titanio, *ibid.*, apartado 23; de 18 de marzo de 1980, Comisión/Italia, (91/79, Rec. p. 1099), apartado 8, y de 18 de marzo de 1980, Comisión/Italia (92/79, Rec. p. 1115), apartado 8. El Tribunal de Justicia no declaró expresamente en la sentencia Dióxido de titanio que el artículo 100 A del Tratado sólo pueda aplicarse para solucionar apreciables distorsiones de la competencia que se originen en normativas nacionales dispares, y los demandados en los presentes asuntos han alegado que, habida cuenta de las anteriores sentencias citadas, ese requisito sólo se refiere a la aplicación del artículo 100 del Tratado, de alcance más limitado. Está claro sin embargo, por su aplicación en virtud del artículo 100, que es infundado el argumento de los demandados según el cual ese test sólo es relevante para la aplicación a las empresas de las reglas del Tratado sobre la competencia.

103 — Sentencia Residuos I, citada en la nota 85 *supra*, apartado 19, véase también la sentencia de 9 de noviembre de 1995, Alemania/Consejo (C-426/93, Rec. p. I-3723), apartado 33.

104 — Sentencia citada en la nota 103 *supra*, apartados 17 a 20, especialmente apartado 19.

base al artículo 100 A, incluso si el artículo 130 S no hubiera ofrecido una base jurídica alternativa. El Tribunal de Justicia diferenció la normativa que tenía como principal objetivo la gestión eficaz de los residuos en la Comunidad, con independencia de su lugar de origen, y que sólo producía efectos secundarios en la competencia y en los intercambios, incluidos los costes de producción, de la Directiva objeto del asunto Dióxido de titanio, que «se proponía la aproximación de las normas nacionales relativas a las condiciones de producción en un sector industrial determinado con la finalidad de eliminar las distorsiones de competencia *en ese sector*». ¹⁰⁵ Mi conclusión es que la contribución de una determinada medida a la igualación de las condiciones de competencia en el sector que se supone se beneficiará de ella debe ser específica para dicho sector, por muy amplia que sea su redacción, y que no debe ser meramente accesorio. Se sigue de ello que no puede afirmarse que las normas comunitarias, cuyo único efecto en un sector determinado sea prohibir la actividad económica afectada, igualen las condiciones de competencia *en ese sector*, cualesquiera que puedan ser sus efectos sobre la competencia en algún ámbito relacionado con dicho sector.

92. Los demandantes se han referido a otro posible límite —que la aplicación del artículo 100 A del Tratado para solucionar distorsiones de la competencia debe limitarse a los ámbitos en los que la Comunidad también es competente *ratione materiae*, como es la protección del medio ambiente—. No me convence este argumento. No hay apoyo manifiesto para él en

el artículo 100 A ni en las disposiciones generales del Tratado relativas a los objetivos y actuaciones comunitarias y a la definición del mercado interior. El argumento está en contradicción con el carácter horizontal del artículo 100 A. Más aún, genera cuando menos tantos problemas como los que supuestamente resuelve. Las áreas de competencia comunitaria materialmente definidas incluyen ámbitos en los que las facultades varían, desde las muy amplias, como en la agricultura, hasta las relativamente reducidas, como el caso de la salud pública. A menos que se proponga algún desarrollo complementario del argumento y dado que, como ya he dicho, la exclusión de armonización por el apartado 4 del artículo 129 no puede afectar a la competencia establecida por el artículo 100 A, este argumento no puede ser interpretado en el sentido de excluir la armonización de las condiciones de competencia en un sector de apreciable importancia para la salud pública. No obstante, por las razones que se ponen de manifiesto más adelante, no es necesario que me pronuncie de manera definitiva sobre dicho argumento.

Objetivos del mercado interior: valoración concreta

93. Para determinar si una medida comunitaria persigue objetivos propios del mercado interior, es preciso proceder en dos fases. En primer lugar, debe determinarse si los requisitos previos para la armonización concurren, es decir, si existen legislaciones nacionales dispares que o bien constituyen obstáculos al ejercicio de las cuatro libertades, o bien distorsionan las condiciones de

105 — Sentencia citada en la nota 51 *supra*, apartado 20; la cursiva es mía.

competencia en un sector económico.¹⁰⁶ En segundo lugar, la actuación concreta efectivamente emprendida por la Comunidad ha de ser coherente con el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. Ello implica examinar de qué manera el legislador comunitario intentó conciliar los requisitos principales de disposiciones como el artículo 57, apartado 2, y el artículo 100 A, consistentes en que las medidas adoptadas en virtud de esas disposiciones faciliten la libre circulación o igualen las condiciones de competencia en un sector específico, con su obligación de tener en cuenta los factores de interés público que pueden favorecer una actitud muy restrictiva frente a determinadas actividades económicas.

94. Se ha señalado, en especial por la Comisión, que ello plantea, esencialmente, el problema de si una medida es adecuada u oportuna, que es un problema antes de proporcionalidad que de competencia. Por tanto, el Tribunal de Justicia no debería pronunciarse en esta fase. No estoy de acuerdo. Si el ejercicio de la competencia comunitaria ha de someterse a control jurisdiccional, no basta comprobar que se cumplen los requisitos previos para la armonización, porque los artículos 57, apartado 2, y 100 A del Tratado no confieren una competencia universal de armonización, por el propio interés de ésta, una vez que dichos requisitos se han cumplido. La necesidad de control concreto de la medida de armonización efectivamente adoptada se reconoce en la reiterada declaración por el Tribunal de Justicia de que el examen de la competencia debe tener en

cuenta «en particular, la finalidad y contenido de la medida». En asuntos como los presentes, el análisis concreto de la competencia comunitaria debe dirigirse exclusivamente a determinar que la medida persigue los objetivos propios del mercado interior para los que fue conferida la competencia, al tiempo que se tiene en cuenta que ello puede ser compatible con la simultánea consecución de otros objetivos complementarios de interés público, que no pueden por sí solos justificar la aplicación del artículo 57, apartado 2, y del artículo 100 A del Tratado.

95. El Tribunal de Justicia ha realizado un examen concreto de este tipo en ciertos litigios en que algunos Estados miembros habían impugnado la competencia comunitaria basada en el artículo 100 A y el artículo 57, apartado 2, respectivamente en los asuntos España y Garantía de depósitos.¹⁰⁷ En el asunto España, el Tribunal de Justicia examinó y refutó el argumento según el cual el Reglamento n° 1768/92¹⁰⁸ compartimentaba el mercado comunitario después del período de duración de las patentes nacionales básicas e impedía la libre competencia de la industria de medicamentos genéricos con las empresas titulares de derechos de patente.¹⁰⁹ El Tribunal de Justicia consideró que la ampliación armonizada del período de protección de la patente impedía la fragmentación del mercado de medi-

106 — Estos dos son los fundamentos invocados en defensa de la Directiva sobre publicidad en los presentes asuntos. No formulo opinión acerca de si existen otros fundamentos basados en las disposiciones en cuestión.

107 — Ese examen concreto es también característico del examen por el Tribunal de Justicia de la aplicabilidad de una base jurídica en lugar de otra, como en la sentencia Dióxido de titanio, citada en la nota 51 *supra*, y en las dos sentencias Residuos, comentadas anteriormente.

108 — Citado en la nota 58 *supra*.

109 — Sentencia España, citada en la nota 58 *supra*, apartados 30 y 31.

camentos al evitar la evolución heterogénea de las legislaciones nacionales,¹¹⁰ aún si esa protección ampliada era inexistente en muchos Estados miembros.¹¹¹ El Tribunal de Justicia también examinó el equilibrio alcanzado entre los intereses de las empresas titulares de derechos de patente y los de las que fabrican medicamentos genéricos.¹¹² Aunque ello es con evidencia relevante en cuanto a la proporcionalidad, el Tribunal de Justicia parece haberlo considerado en este asunto como una cuestión relativa a la competencia comunitaria, exigida por «los objetivos establecidos en (el artículo 7 A del Tratado)»,¹¹³ lo que implica que la existencia, o el rigor de las restricciones impuestas a la actividad económica (en ese asunto, la de los fabricantes de medicamentos genéricos), es potencialmente relevante respecto al problema de si puede afirmarse que una medida de armonización persigue objetivos propios del mercado interior.¹¹⁴ El enfoque general que propongo en los presentes asuntos se ve reforzado también por el hecho de que, una vez que el Tribunal de Justicia estimó que el Reglamento discutido estaba dirigido a un objetivo propio del mercado interior, no hizo referencia alguna a la influencia relativa del objetivo complementario de promoción de la investigación farmacéutica en el régimen establecido por el Reglamento.

96. En el asunto Garantía de depósitos, el Tribunal de Justicia examinó la alegación según la cual la prohibición por la medida

110 — *Ibid.*, apartados 35 y 36.

111 — *Ibid.*, apartado 34.

112 — *Ibid.*, apartados 37 a 39.

113 — *Ibid.*, apartado 37.

114 — Véase el examen anterior, en los puntos 83 a 87, acerca de si la adopción de medidas que reducen los intercambios es coherente con los objetivos propios del mercado interior.

controvertida¹¹⁵ de la promoción, por parte de sucursales bancarias en otros Estados miembros, de las ventajas de los sistemas nacionales de garantía de depósitos que protegieran a los consumidores en mayor grado que los sistemas previstos en la Directiva era contradictoria con el objetivo del artículo 57, apartado 2, del Tratado. El Tribunal de Justicia estimó que el límite máximo impuesto a la garantía de depósitos ofrecida por las sucursales en otros Estados miembros «es mucho menos onerosa que la obligación de someterse a diferentes normativas sobre sistemas de garantía de depósitos en diferentes Estados miembros de acogida», con el resultado de que podía incluso afirmarse que el establecimiento de sucursales de instituciones de crédito alemanas en otros Estados miembros había sido facilitada por la Directiva discutida.¹¹⁶

97. Este tipo de examen es distinto del de la proporcionalidad. La pregunta planteada, a fin de determinar el cumplimiento de los requisitos de ejercicio de una competencia conferida para objetivos funcionales, es si la medida persigue los objetivos propios del mercado interior que invoca, y no la de si se excede de lo necesario para alcanzarlos. Además, como he señalado antes, en esta fase trato exclusivamente sobre la consecución de estos objetivos, pues éste es el fin para el que la competencia fue conferida. Por otra parte, al valorar la proporcionalidad, deberán también tenerse en cuenta los objetivos sustantivos adicionales que han de ser alcanzados a través de las medidas relativas al mercado interior,

115 — Directiva 94/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, relativa a los sistemas de garantía de depósitos (DO L 135, p. 5).

116 — *Ibid.*, punto 44.

incluido el de conseguir un elevado nivel de protección de la salud pública.

98. Es evidente que, cuando el Tribunal de Justicia lleva a cabo el examen concreto de opciones legislativas complejas que afectan a diferentes intereses económicos y a intereses de otro tipo, debe normalmente aceptar la valoración del legislador sobre la eficacia que tendrá una medida, en lo que afecta al establecimiento y funcionamiento del mercado interior, como justificación de las restricciones que esa medida impone.¹¹⁷ El Tribunal de Justicia no puede reemplazar la valoración del legislador por la suya propia o discutir el acierto de una iniciativa política específica.¹¹⁸ Aunque estoy examinando la determinación de los límites de la competencia legislativa comunitaria, la necesaria valoración concreta de la vinculación entre la medida adoptada y sus objetivos proclamados implica, a mi parecer, la aplicación de la pauta que sigue el Tribunal de Justicia en el control del ejercicio por las instituciones de su amplia discrecionalidad legislativa. Cuando las instituciones disponen de «amplias facultades de apreciación, especialmente en cuanto a la naturaleza y el alcance de las medidas que [adoptan], el control del Juez comunitario debe limitarse a examinar si al ejercitar tales facultades [la Comisión] incurre en error manifiesto o en desviación de poder, o también si rebasa manifiestamente los límites de [su] facultad de apreciación».¹¹⁹

99. No obstante, la función del Tribunal de Justicia es más fácil en el supuesto de una legislación cuyos efectos para el sector afectado son extremados, como en el caso de una prohibición. No puede presumirse que la prohibición efectiva de una específica actividad económica por el legislador comunitario sea contraria a los objetivos propios del mercado interior. A la vez, los efectos de esa prohibición y las conclusiones jurídicas que de ella se deduzcan, serán más fácilmente determinados por un órgano jurisdiccional, que será mucho más reservado ante los delicados equilibrios entre diferentes intereses de importancia establecidos por el legislador comunitario.¹²⁰ Ello facilita la valoración de si concurre la necesaria concordancia entre el *contenido* de la medida que impone una prohibición con su *finalidad* relativa al mercado interior, como se manifiesta, en particular, en la exposición de motivos de la medida y en toda disposición sustantiva de la misma (como el artículo 1 de la Directiva sobre publicidad), que se refiera, expresamente o de modo implícito, a sus objetivos. Esa concordancia ha de ser valorada en definitiva en relación con los efectos discernibles de la medida controvertida. La misma medida debe mostrar el objetivo específico propio del mercado interior que persigue, que no puede, a mi juicio, ser completado mediante referencia a objetivos más amplios o diferentes en un momento posterior.¹²¹ Si los efectos de la medida no son coherentes con los objetivos propios del mercado interior a cuyo servicio están las bases jurídicas aplicadas y *realmente invo-*

117 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Léger en el asunto Garantía de depósitos, citado en la nota 52 *supra*, punto 113.

118 — Véase la sentencia Tiempo de trabajo, citada en la nota 80 *supra*, apartado 23.

119 — Sentencias de 5 de mayo de 1998, Reino Unido/Comisión (C-180/96, Rec. p. I-2265) (en lo sucesivo, «BSE»), apartado 60, y de 25 de enero de 1979, Racke/Hauptzollamt Mainz (98/78, Rec. p. 69), apartado 5. Reitero que, a mi juicio, la alegación de desviación de poder no ha sido probada en los presentes asuntos.

120 — Véase por ejemplo la sentencia España, citada en la nota 58 *supra*, apartados 38 y 39.

121 — Ello no equivale a afirmar que la motivación de la medida, incluida toda información cualitativa o cuantitativa relevante, debe exponerse en la propia medida con más detalle que el usual. Mi atención en este momento no se dirige a la adecuación de los motivos manifestados en la Directiva sobre publicidad (examinados en el apartado V, vii, *infra*), sino a determinar claramente la naturaleza de esos motivos, y los objetivos pretendidos, a fin de emprender el examen sustantivo de la Directiva con referencia a su objetivo y contenido.

casas por el legislador, deberá concluirse que el legislador comunitario ha cometido un error manifiesto o ha sobrepasado los límites de su discrecionalidad.

El objetivo de la Directiva sobre publicidad

100. El artículo 1 de la Directiva declara que su objetivo es «la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de la Estados miembros relativas a la publicidad y el patrocinio de los productos del tabaco». El primer considerando de su exposición de motivos señala que las divergencias existentes entre las disposiciones nacionales en ese ámbito pueden no sólo dificultar la libre prestación de servicios relativos a la publicidad y el patrocinio de los productos del tabaco sino también la libre circulación de los productos que son los medios de soporte de la publicidad y el patrocinio. Esas disparidades también provocaban distorsiones de la competencia. Esta afirmación sólo puede entenderse como referida a la competencia entre los prestadores de los servicios antes mencionados —publicidad y patrocinio de los productos del tabaco— y entre los productores y proveedores de los medios para la publicidad y el patrocinio. En este contexto, resulta claro que dicha afirmación no guarda relación con los sectores de la publicidad y el patrocinio en general, que no son mencionados en absoluto por la Directiva. Además, nada en este considerando o en otra parte de la Directiva sobre publicidad indica que tenga relación con obstáculos a los intercambios de productos de tabaco o productos diversificados, o con distorsiones de la competencia entre productores o distribuidores de dichos productos, o entre productores o distribuidores de mercancías o servicios señalados con mar-

cas relacionadas con el tabaco y de mercancías o productos equivalentes que no porten esas marcas. El considerando mencionado finaliza declarando que las barreras y distorsiones de la competencia observadas obstaculizan el funcionamiento del mercado interior.

101. El primer considerando puede ser interpretado en el sentido de que pretende cumplir el requisito previo para la armonización comunitaria basada en los artículos 57, apartado 2, y 100 A del Tratado. El segundo considerando contiene la declaración, más explícita, del vínculo entre la situación existente, la consecución de los objetivos del mercado interior —la *finalidad* manifiesta de una medida basada en los artículos 57, apartado 2, y 100 A— y la medida efectivamente adoptada —su *contenido*:¹²²

«Considerando que procede eliminar tales barreras y que, para ello, deben aproximarse las normas relativas a la publicidad y al patrocinio de los productos del tabaco [...]».

Imperial Tobacco alegó que la Directiva no incluye entre sus objetivos el combatir distorsión alguna de la competencia que

122 — No pretendo desde luego establecer una distinción rígida entre finalidad y contenido. Es posible deducir la finalidad de una medida de sus disposiciones sustantivas al igual que de su exposición de motivos; véase por ejemplo la sentencia Protección de los bosques, citada en la nota 67 *supra*, apartado 13. En los presentes asuntos, sin embargo, las restantes disposiciones de la Directiva sobre publicidad no proporcionan orientación adicional alguna.

fuera diferente de las barreras a los intercambios referidas en el segundo considerando. Me parece que esa interpretación es demasiado estricta. El octavo considerando alude a la interdependencia entre los varios medios de publicidad y declara que la Directiva debe afectar a todas las clases de publicidad (excepto la publicidad televisiva), a fin de «evitar cualquier riesgo de distorsión de la competencia».

102. Examinaré en primer lugar los objetivos de la Directiva propios del mercado interior, relativos a la remoción de obstáculos a la libre circulación de mercancías y servicios vinculados con la publicidad y al patrocinio de los productos del tabaco. A continuación, abordaré el problema de la igualación de las condiciones de competencia en los mismos sectores económicos específicos.

Obstáculos a los intercambios de mercancías y servicios relacionados con la promoción del tabaco

103. El problema de si existe, o no, un intercambio transfronterizo de mercancías o servicios relativos a la promoción del tabaco, si ésta reviste cierta importancia o si existe algún obstáculo a dicho intercambio, fue discutido extensamente en las alegaciones.

104. El Tribunal de Justicia ha manifestado con claridad que no existe una regla *de minimis* en relación con la prohibición por el Tratado de obstáculos a los intercambios

originados por normativas nacionales divergentes: en el contexto de la libre circulación de mercancías, por ejemplo, se considera que una medida nacional constituye una restricción si puede obstaculizar, directa o indirecta, real o potencialmente, los intercambios comunitarios, «incluso si el obstáculo es leve y es posible comercializar de otra forma los productos importados». ¹²³ El hecho de que una norma nacional afecte a un mercado reducido, ya sea éste definido geográficamente o bien por referencia al volumen de intercambios transfronterizos afectados por dicha norma, es también irrelevante para la aplicación del artículo 30 del Tratado. ¹²⁴ La jurisprudencia en materia de servicios apunta a la aplicación de los mismos principios en este ámbito. ¹²⁵ La Comunidad es competente para remover obstáculos a los intercambios de mercancías o servicios a través de medidas de armonización basadas en los artículos 57, apartado 2, y 100 A del Tratado, que tienen en cuenta las preocupaciones de interés público que llevaron a la adopción de normas nacionales en primer lugar. No se sigue de ello que una actuación de esta clase esté automáticamente justificada por obstáculos sin importancia a los intercambios («*de minimis*»). Es cuando menos sostenible que la actuación armonizadora debe guardar relación con normas nacionales que produzcan efectos no carentes de importancia en los

123 — Sentencia de 5 de abril de 1984, Van de Haar y Kaveka de Meern (asuntos acumulados 177/82 y 178/82, Rec. p. 1797), apartado 14. Véase también la sentencia de 18 de mayo de 1993, Yves Rocher (C-126/91, Rec. p. I-2361), apartado 21.

124 — Véase la sentencia de 3 de diciembre de 1998, Bluhme (C-67/97, Rec. p. I-8033), apartados 18 a 20 y 22, y puntos 18 y 19 de mis conclusiones en este asunto.

125 — Véase por ejemplo la sentencia de 10 de mayo de 1995, Alpine Investments (C-384/93, Rec. p. I-1141). De la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Bluhme, *ibid.*, apartado 22, se deduce obviamente que la exclusión del ámbito de aplicación de las disposiciones relevantes del Tratado, en virtud de la doctrina en asuntos como la sentencia de 14 de julio de 1994, Peralta (C-379/92, Rec. p. I-3453), de los obstáculos meramente indirectos o aleatorios a los intercambios de mercancías o servicios está en relación con sus efectos remotos en los intercambios antes que con la magnitud de dichos efectos.

intercambios. Este problema no se plantea en los presentes asuntos, ya que las normas nacionales dispares, algunas de ellas sumamente restrictivas, pueden claramente generar efectos directos e importantes en los intercambios de servicios y medios de publicidad del tabaco. También es potencialmente relevante el problema de si el volumen de intercambios transfronterizos de las mercancías o los servicios afectados es importante en términos absolutos o en relación con los intercambios puramente internos. No obstante, este problema no es de tanta relevancia para el análisis de la competencia como lo es para la aplicación del principio de proporcionalidad, al valorar si el alcance de la medida es demasiado amplio (por ejemplo, porque afecta a un volumen considerable de intercambios internos a la vez que a intercambios transfronterizos relativamente escasos), y por tanto, si los efectos de la medida, excesivamente restrictivos, son superiores a sus beneficios para el mercado interior.

105. No me parece convincente el argumento de Alemania, según el cual no existen efectivamente prestaciones transfronterizas de servicios de publicidad y patrocinio para la promoción del tabaco¹²⁶ que puedan ser obstaculizadas por las divergencias entre las normativas nacionales que regulan dicha actividad económica.¹²⁷ Estos servicios pueden ser prestados, por ejemplo, por una agencia internacional de publicidad estable-

cida en un Estado miembro para su utilización en toda la Comunidad o parte de ella,¹²⁸ o por una agencia nacional, para una utilización solamente nacional, por cuenta de un cliente internacional (incluyendo, posiblemente, una agencia publicitaria internacional), y puede abarcar la creación de marcas, temas publicitarios, eslóganes y campañas; el encargo de contratar trabajos artísticos, modelos o actores y otros servicios para crear imágenes y películas publicitarias; la inserción de anuncios en los diferentes medios publicitarios y el patrocinio de diversas manifestaciones, lugares y equipos deportivos, artísticos u otros, así como la organización de la distribución directa al público de regalos o de material publicitario. La prestación de tales servicios mediante remuneración es de naturaleza obviamente mercantil. Tan sólo la prohibición total de un servicio específico, en razón del interés público, en todos los Estados miembros excluiría tal prohibición del ámbito del Tratado,¹²⁹ y no es éste el caso de la promoción del tabaco. El patrocinio de equipos o de acontecimientos, a cambio del reconocimiento de la contribución del patrocinador o de la exhibición de material de promoción (que puede también aparecer en las emisiones de radio o televisión de un acontecimiento patrocinado), constituye igualmente la prestación remunerada de un servicio por el primero al último de los sujetos mencionados.¹³⁰ Parece claro, a la vista de las pruebas presentadas ante el Tribunal de Justicia, que tales actividades son relativamente usuales.

126 — La promoción de productos diversificados regulada por el artículo 3, apartado 3, letra b), de la Directiva (productos distintos del tabaco que llevan el nombre, la marca, el símbolo o cualquier otro elemento distintivo utilizado para productos del tabaco) se considera una forma indirecta de promoción del tabaco y por tanto se incluye en el examen posterior de la promoción de productos del tabaco, sin perjuicio de ser objeto de examen específico.

127 — Acerca de las restricciones no discriminatorias de la prestación de servicios, véanse las sentencias de 24 de marzo de 1994, *Schindler* (C-275/92, Rec. p. I-1039), apartado 43, y de 25 de julio de 1991, *Säger/Dennemeyer* (C-76/90, Rec. p. I-4221), apartado 12.

128 — Un servicio prestado en el Estado miembro B por una agencia establecida en el Estado miembro A por cuenta de un cliente establecido en cualquier lugar de la Comunidad, incluido el Estado A, entra en el ámbito de las disposiciones del Tratado sobre la prestación de servicios. Véase por ejemplo la sentencia de 26 de febrero de 1991, *Comisión/Francia* (C-154/89, Rec. p. I-659), apartado 9, sobre las actividades de los guías turísticos.

129 — Sentencia *Schindler*, citada en la nota 127 *supra*, apartado 32.

130 — Sentencia de 11 de abril de 2000, *Deliège* (asuntos acumulados C-51/96 y C-191/97, Rec. p. I-2549), apartado 57.

106. Pueden surgir restricciones a la prestación de servicios, regulada por el artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación), cuando se impide a una agencia publicitaria, que presta legalmente servicios para la promoción de productos del tabaco en un Estado miembro, prestarlos en otro Estado en virtud de su régimen nacional más restrictivo de la publicidad y el patrocinio de productos del tabaco. De modo parecido, la prestación de servicios, por ejemplo, por equipos deportivos, orquestas, exhibiciones itinerantes o competiciones deportivas en varios lugares, es restringida cuando el patrocinio que pueden legalmente aceptar y exhibir en un Estado miembro está prohibido o sometido a requisitos añadidos en otro Estado. La prestación transfronteriza de servicios de radio puede también ser afectada por normas nacionales relativas al contenido publicitario de dichas emisiones.¹³¹

107. La categoría de mercancías para la que pueden existir obstáculos a los intercambios que sean relevantes para la Directiva sobre publicidad parece ser más reducida. A mi juicio, puede limitarse a las mercancías objeto de intercambios entre Estados miembros que en ningún caso se

utilizan exclusivamente como medios para la publicidad o el patrocinio del tabaco. El ejemplo más evidente es el de los periódicos o revistas, que normalmente incluyen otros contenidos, publicitarios y sustantivamente periodísticos, cuya circulación en otros Estados miembros se ve obstaculizada, real o potencialmente, por el hecho de que los anuncios de tabaco, que son lícitos en el Estado miembro de su publicación, están prohibidos o sometidos a diferentes requisitos en otros Estados miembros. Creo que, en el contexto de las mercancías, ya sean cigarrillos distribuidos gratuitamente para fines de promoción (que presumiblemente son suministrados por su productor), o soportes móviles de publicidad o de patrocinio, tales como los vehículos de carreras o la vestimenta de equipos deportivos utilizados en acontecimientos internacionales, puede afirmarse que dichas mercancías, incluso si cruzan las fronteras, no son, en tales circunstancias, objeto de *intercambio intracomunitario*.¹³² Sin embargo, la organización de la campaña de distribución o del sistema de patrocinio (al igual que la aceptación del patrocinio para la promoción) puede presentar aspectos transfronterizos que pueden verse afectados por normas nacionales dispares. En lo que atañe a objetos cuya función exclusiva, en cualquier caso, es la de medios para la publicidad del tabaco —carteles, folletos, catálogos—, probablemente sea preferible examinarlos desde la perspectiva del servicio de promoción del que son expresión tangible,¹³³ aún si son de algún modo objeto por sí mismos de intercambios (por ejemplo, el suministro de impresos por parte de un impresor a una agencia publicitaria).

131 — Véase lo dicho anteriormente a propósito de la Directiva 89/552. La emisión transfronteriza de publicidad remunerada constituye una prestación de servicios en el sentido del artículo 59 del Tratado: sentencia de 26 de abril de 1988, *Bond van Adverteerders/Países Bajos* (352/85, Rec. p. 2085).

132 — No obstante, las disposiciones del Tratado sobre la libre circulación de mercancías serían aplicables al intercambio autónomo de las reproducciones de prendas deportivas, que con frecuencia portan los mismos eslóganes de patrocinio y que pueden ser consideradas como «productos que sirven como medios para tal publicidad o patrocinio».

133 — Véase la sentencia *Schindler*, citada en la nota 127 *supra*, apartado 22.

108. A mi entender, pues, concurren en los presentes asuntos los requisitos previos para el ejercicio por la Comunidad de su competencia de armonización respecto a los intercambios de mercancías y a la prestación de servicios transfronterizos. En consecuencia, es preciso examinar la regulación adoptada por la Directiva sobre publicidad para superar los obstáculos no discriminatorios a los intercambios de mercancías y servicios antes mencionados.

La aproximación realizada por la Directiva sobre publicidad

109. El núcleo de la Directiva sobre publicidad es una prohibición de amplio alcance de la publicidad, directa e indirecta, y del patrocinio a favor de los productos del tabaco. De hecho, sin perjuicio de la prohibición existente de la publicidad televisiva en virtud de la Directiva 89/552, la prohibición está redactada en términos omnicomprendidos por el artículo 3, apartado 1 de la Directiva sobre publicidad, si bien, a continuación, el artículo 3, apartado 5, prevé varias excepciones expresas a su aplicación.

110. Se ha debatido extensamente acerca de la importancia económica y para la promoción de esas excepciones, en relación con el conjunto de la actividad publicitaria del tabaco. La controversia acerca de si, en definitiva, la Directiva impone una «prohibición total» de la publicidad del tabaco es semántica. A mi entender, en el contexto de la publicidad del tabaco en su conjunto, las excepciones revisten una importancia menor. Resulta apropiado considerar que la prohibición tiene un gran alcance. Queda prohibida toda publicidad fuera de los

establecimientos de venta dirigida al consumidor por los operadores económicos comunitarios.

111. A la luz de esta prohibición de gran alcance, ha de intentarse determinar de qué modo la Directiva sobre publicidad beneficiará al mercado interior. Como alegó, en particular, Imperial Tobacco, el punto más importante es que la Directiva no pretende en absoluto armonizar las normas nacionales existentes relativas a las limitadas formas de publicidad que la misma no prohíbe. Sin alterar en nada lo restante, podría haberse defendido que los intercambios de servicios y mercancías amparados por las excepciones fue liberalizada implícitamente mediante la adopción de una medida que armonizó —mediante su prohibición— amplios aspectos de la actividad económica afectada. Pero no es esto lo que dispone la Directiva. Su artículo 5 pone de manifiesto sin discusión posible que la Directiva no se dirige a producir efecto liberalizador alguno de ese tipo, ni siquiera a permitir tal publicidad con sujeción a determinados requisitos, ya que faculta expresamente a los Estados miembros para imponer requisitos más estrictos a las modalidades exceptuadas, en razón de la protección de la salud. Si bien esas medidas nacionales siguen estando sometidas al cumplimiento del Tratado, la Directiva no afecta en absoluto al mantenimiento de la aplicabilidad de tales medidas nacionales a los aspectos de la publicidad del tabaco que no entran dentro del amplio ámbito de aplicación de su propia prohibición armonizada.

112. Al llegar a esta conclusión, no he olvidado que, aunque se hubieran adoptado reglas armonizadas respecto a las

formas de publicidad no prohibidas por la Directiva, los Estados miembros habrían podido invocar el artículo 100 A, apartado 4, para continuar aplicando medidas nacionales más restrictivas en razón de la protección de la salud. El primer punto que debe recordarse es que esta facultad no puede ser aplicada a los aspectos de una medida relacionados con los obstáculos a la prestación de servicios, acerca de los cuales el artículo 57, apartado 2, del Tratado, antes que el artículo 100 A, proporciona la base jurídica específica. En cualquier caso, la situación hipotética a la que acabo de referirme sería totalmente diferente de la que resulta de la falta de aproximación de normas nacionales en los supuestos contemplados por el artículo 3, apartado 5, de la Directiva. En primer lugar, la aplicación del artículo 100 A, apartado 4, está sometida a un procedimiento especial de confirmación, bajo el control de la Comisión, contra cuya decisión otros Estados miembros pueden interponer un recurso jurisdiccional.¹³⁴ Los Estados miembros no pueden actuar unilateralmente sin la aprobación de la Comisión.¹³⁵ La denegación de la confirmación por parte de la Comisión obliga al Estado que notifica la medida nacional a instar la anulación de la decisión de la Comisión antes de ponerla en práctica.¹³⁶ Si, a falta de tal confirmación, el Estado miembro no adapta su ordenamiento en la Directiva de armonización en el plazo establecido, esta última puede producir efecto directo invocable ante los Tribunales nacionales.¹³⁷ A la luz de todos estos factores, no puede afirmarse, sin poner a la vez en duda la utilidad en muchos contextos de la actuación comuni-

taria en virtud del artículo 100 A del Tratado, que cualquier forma de liberalización armonizada, sea total o condicionada, en los supuestos mencionados en el artículo 3, apartado 5, de la Directiva, habría producido necesariamente efectos similares a los derivados de la Directiva.

113. Por cuanto antecede, me parece evidente que no puede estimarse que la Directiva sobre publicidad elimine barreras y facilite el intercambio de servicios cuyo objeto consista exclusivamente en la publicidad o el patrocinio de productos del tabaco, incluyendo aquellos servicios que se materializan tangiblemente en mercancías como folletos, impresos o carteles, y los servicios de distribución gratuita de productos del tabaco. El *único* efecto de la Directiva, en su amplio ámbito de aplicación, es la prohibición del intercambio de los servicios de que se trata. No existen ventajas compensatorias para las empresas que producen o prestan los servicios mencionados. Los obstáculos existentes derivados de normativas nacionales dispares persisten en los supuestos no regulados por la Directiva. Aunque si tal finalidad no se declara expresamente, tanto del contenido de la Directiva como de su objetivo complementario de atender a la protección de la salud humana,¹³⁸ se deduce con claridad que pretende reducir radicalmente el intercambio de los servicios de que se trata o, cuando menos, que ese resultado es inevitable. En el plano jurídico, no puede, a mi juicio, afirmarse que una medida cuyo único efecto es prohibir una actividad económica constituya la supresión de obstáculos a los intercambios *que afectan a dicha actividad*. Mi conclusión es, por tanto, que el legislador comunitario incu-

134 — Sentencia de 17 de mayo de 1994, Francia/Comisión (C-41/93, Rec. p. I-1829).

135 — Sentencia de 1 de junio de 1999, Kortas (C-319/97, Rec. p. I-3143), apartados 28 y 36.

136 — Sentencia Kortas, *ibid.*, apartado 27. Véanse por ejemplo los asuntos C-512/99, Alemania/Comisión, y C-3/00, Dinamarca/Comisión, ambos en tramitación.

137 — Sentencia Kortas, *ibid.*, apartado 22.

138 — Véase el cuarto considerando de la exposición de motivos de la Directiva.

rió en un error manifiesto o sobrepasó manifiestamente los límites de su discrecionalidad, en su valoración de los beneficios probables que obtendrían efectivamente las empresas que operan en el sector afectado, así como los esperados para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior.

114. El análisis sería diferente si la Directiva sobre publicidad sólo regulara los intercambios de los servicios y mercancías que, a la vez que sirven como medios de publicidad y patrocinio, cumplen además otras funciones y tienen otro valor económico. Uno de estos servicios es la difusión transfronteriza de emisiones de radio. La razón para prohibir la publicidad relativa al tabaco o el patrocinio de programas en la radio es exactamente la misma que la de su anterior prohibición en la televisión. Otro de estos servicios es el de la publicidad del patrocinio prestada por equipos o por la propia organización deportiva en deportes que se desplazan como las carreras de vehículos de fórmula 1. Dos ejemplos distintos de mercancías relevantes ya mencionados son los periódicos y revistas, por un lado, y las reproducciones de equipo deportivo, por otro. En todos estos casos, aunque la rentabilidad de la actividad pueda ser afectada por la prohibición de la publicidad y el patrocinio de productos del tabaco en virtud de la Directiva, no es, en absoluto, evidente que el legislador comunitario incurriera en error o que sobrepasara los límites de su discrecionalidad, al estimar que la libre circulación de estas mercancías o la libre prestación transfronteriza de estos servicios, sería facilitada mediante reglas uniformes sobre el contenido de la publicidad y el patrocinio, que eliminarían res-

tricciones reales o potenciales derivadas de normativas nacionales dispares.¹³⁹

115. El mismo análisis es aplicable *mutatis mutandis* a la prohibición, en virtud del artículo 3, apartado 3, letra b), de la Directiva, de la publicidad y el patrocinio a favor de productos distintos del tabaco que utilicen nombres, marcas, símbolos u otros elementos distintivos ya utilizados para un producto del tabaco (productos diversificados). La situación es más compleja en lo que atañe a la publicidad de mercancías y servicios que hayan sido comercializados u ofrecidos de buena fe antes del 30 de julio de 1998 con una marca que ya se utilizara a la vez para productos del tabaco.¹⁴⁰ Los Estados miembros pueden, en virtud del artículo 3, apartado 2, de la Directiva sobre publicidad, permitir la utilización de dicha marca en la publicidad de estos otros bienes o servicios. El resultado es que las reglas sobre la prestación de servicios de publicidad en el ámbito mencionado no han sido completamente armonizadas. Se imponen algunos requisitos para la posible autorización de tal publicidad —que dicha marca sea utilizada bajo un aspecto claramente distinto del utilizado para el producto del tabaco, sin ningún otro elemento distintivo ya usado para un producto del tabaco—, pero ello sólo sirve para prohibir toda clase de promoción que no se ajuste a esos requisitos, sin solucionar en modo alguno las divergencias de las reglas nacionales que regulan estas formas de publicidad de los productos y servicios afectados que no están incluidas en la prohibición. Así pues, el resultado de la disposición es una curiosa combinación

139 — Véase por ejemplo el artículo 5 de la primera propuesta de Directiva, anterior a la adopción de la Directiva sobre publicidad, que habría prohibido que los Estados miembros impidieran los intercambios de las publicaciones que se ajustaran a la Directiva.

140 — El artículo 3, apartado 2, de la Directiva omite la referencia al patrocinio.

simultánea de las preferencias por la prohibición o por la no armonización que caracterizan el régimen de la Directiva en su conjunto. Además, esta disposición ni siquiera contribuye a eliminar obstáculos a la prestación de servicios y al intercambio de mercancías transfronterizas, que no sean exclusivamente medios de publicidad del tabaco, como es el caso de las emisiones de radio y de los periódicos, pues los Estados miembros mantienen la facultad de autorizar o prohibir la publicidad que cumpla el requisito, antes mencionado, de la diferenciación de las marcas. Más aún, el hecho de que el artículo 3, apartado 2, prevea la posibilidad de establecer una excepción a una prohibición impuesta por el ordenamiento comunitario significa probablemente que las disparidades que resulten entre las normativas nacionales no podrán ser examinadas sobre la base de los artículos 30 y 59 del Tratado. Mi conclusión es que esta disposición no contribuye en absoluto a la supresión de los obstáculos a los intercambios de mercancías y servicios relacionados con la publicidad del tabaco y que, en consecuencia, el artículo 57, apartado 2, y el artículo 100 A del Tratado no constituirían bases jurídicas adecuadas para dicha norma.

116. El artículo 3, apartado 3, letra a), de la Directiva sobre publicidad requiere también especial atención. Esta disposición obliga a los Estados miembros a velar por que ningún producto del tabaco lleve el nombre, la marca, el símbolo o cualquier otro elemento distintivo de cualquier otro bien o servicio, salvo que dicho producto del tabaco fuera ya comercializado con alguno de dichos elementos distintivos antes del 30 de julio de 2001, fecha en que concluye el plazo establecido para dar cumplimiento a la Directiva. El objetivo de esta disposición no se deduce directamente de los considerandos de la

exposición de motivos de la Directiva, pues no hay en ellos mención específica a una tal norma. Esta utilización de una marca en relación con productos del tabaco, ni siquiera entra como tal, en la muy amplia definición de publicidad recogida en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva. A lo sumo, puede suponerse que el artículo 3, apartado 3, letra a), pretende impedir que los productos del tabaco se beneficien indirectamente de la publicidad libre de restricciones de productos distintos del tabaco cuyo nombre comparten en virtud de una forma de diversificación a la inversa.¹⁴¹ Ello podría ser de importancia para el mercado interior de servicios y medios publicitarios en general, si la regla estuviera dirigida a neutralizar las normativas nacionales dispares sobre la permisibilidad de la publicidad de productos distintos del tabaco que comparten con éste el nombre en la forma antes dicha, pero tal finalidad no es mencionada en los considerandos de la Directiva, ni se pone de manifiesto de alguna otra forma. La disposición no parece guardar relación directa alguna con la consecución del mercado interior de servicios y mercancías vinculados a la publicidad y el patrocinio de productos del tabaco, actividades económicas que están prohibidas, como he expuesto, con muy pocas excepciones, con independencia del nombre que designa a los productos del tabaco afectados. Mi conclusión, pues, es que, habida cuenta de los objetivos propios del mercado interior invocados por el legislador comunitario, éste carecía de competencia para adoptar la regla del artículo 3, apartado 3, letra a), de la Directiva con arreglo a los artículos 57, apartado 2, y 100 A del Tratado.

141 — Ésta constituye también una regla de armonización de productos respecto a su presentación, que podría ser relevante para la libre circulación de los productos del tabaco en la Comunidad, pero, como he dicho, no figura entre los objetivos de la Directiva. Habida cuenta del objetivo simultáneo relativo a la salud pública, recogido en particular en el cuarto considerando, es difícil creer que la regla pretenda facilitar el intercambio de productos del tabaco.

Distorsión de la competencia

117. A continuación, abordaré la cuestión de si puede considerarse que la Directiva elimina distorsiones de la competencia derivadas de la aplicación de normas nacionales dispares a la promoción del tabaco por medios distintos de los no exclusivamente publicitarios. No hago referencia al régimen de los medios no exclusivamente publicitarios ni a los soportes del patrocinio, como las emisiones de radio, los periódicos y los equipos y acontecimientos deportivos y artísticos «móviles», orquestas y otros, puesto que ya he llegado a la conclusión de que el legislador comunitario podría haber sido competente, en virtud de los artículos 57, apartado 2, y 100 A del Tratado, para prohibir la publicidad y el patrocinio en dichos supuestos, por los motivos invocados. Limito también mis observaciones al efecto de la prohibición principal de la publicidad y del patrocinio en favor de los productos del tabaco contenida en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva. Los efectos del artículo 3, apartados 2 y 3, pueden valorarse mediante la extrapolación de mi análisis, como yo mismo he hecho ya respecto a la supresión de obstáculos a los intercambios.

118. Debo recordar que, como señalé anteriormente, la competencia comunitaria en virtud del artículo 100 A del Tratado para armonizar normas nacionales a fin de garantizar la competencia económica sin distorsiones está limitada a las medidas que afectan, de modo no meramente secundario, a las condiciones de competencia en un

sector específico,¹⁴² y que el sector económico afectado por la Directiva sobre publicidad es el de la publicidad y el patrocinio de los productos del tabaco y los intercambios conexos de medios para dichos productos.¹⁴³ No es necesario, en este caso, analizar si, o de qué modo, la competencia se había distorsionado en el sector del que se trata, ni si alguna de tales distorsiones era apreciable o superaba cualquier otro umbral aplicable. A mi parecer, simplemente no puede considerarse que la Directiva contribuya a igualar las condiciones de competencia en el sector afectado por la sencilla razón, ya antes subrayada, de que, en gran medida, dicho sector hace desaparecer y, en la medida en que no lo hace, no consigue armonizar dichas condiciones.

119. Debo rechazar cualquier alegación en el sentido de que, aunque los Estados miembros quedan facultados para establecer normas divergentes acerca de las formas de publicidad que escapan a la prohibición en virtud del artículo 3, apartado 5 de la Directiva, el hecho de que se excluya a todos los anunciantes de los sectores prohibidos iguala, en gran medida, la competencia en dichos sectores. Este argumento invoca los efectos potenciales sobre la competencia en las formas de publicidad que escapan a la prohibición, como la imposibilidad de que quienes operan en el mercado realicen economías de escala como consecuencia de su exclusión de una parte importante del mercado, que, en el

142 — Véase el análisis de la sentencia Dióxido de titanio, citada en la nota 51 *supra*, y de la sentencia Residuos I, citada en la nota 85 *supra*, en el punto 91 de las presentes conclusiones.

143 — Véanse los puntos 99 a 102 de las presentes conclusiones.

mejor de los casos, son indirectos y remotos. Ello carece de relevancia para los verdaderos proveedores de espacios publicitarios —publicaciones comerciales, vendedores de dichos espacios al por menor y publicaciones de terceros países— ya que, en cualquier caso, no están necesariamente vinculados a los medios prohibidos. Por lo que respecta a quienes prestan servicios publicitarios de carácter general a la industria del tabaco, como las agencias publicitarias, la igualación de las condiciones de competencia en los restantes sectores de actividad, simplemente mediante la prohibición de amplias áreas de actividad meramente secundaria, supone un beneficio muy remoto para la competencia. A mi juicio, no puede compararse con la regulación armonizada (incluso mediante prohibiciones) de los factores de producción, los productos o las externalidades de un sector específico, que se pretende que se beneficie de condiciones uniformes de competencia, como en el asunto Dióxido de titanio. En mi opinión, éste es un supuesto claro para la aplicación del pronunciamiento recaído en el asunto Residuos I,¹⁴⁴ que diferencia este último del citado en primer lugar, en razón de que, si bien la normativa discutida afectaba al funcionamiento del mercado interior, su efecto bastaba para aplicar el artículo 100 A del Tratado cuando dicho efecto era meramente accesorio. Ya he sugerido anteriormente que éste era un supuesto en el que el efecto de la medida sobre las condiciones de competencia en los sectores afectados era demasiado remoto para justificar su adopción en base al artículo 100 A del Tratado, aunque no existía una base jurídica alternativa. Ésta es también mi opinión en los presentes asuntos, en los que, desde luego, el artículo 129 del Tratado no ofrece tal alternativa.

120. Se sigue de ello que el legislador comunitario incurrió en un error manifiesto o sobrepasó manifiestamente los límites de su discrecionalidad, al pretender adoptar la Directiva sobre publicidad como una medida para garantizar la competencia sin distorsiones en el sector de la publicidad y el patrocinio del tabaco.

Consecuencias: invalidez y nulidad parcial

121. He llegado a la conclusión de que el legislador comunitario carecía de competencia para adoptar la Directiva sobre la base de los fundamentos alegados —la supresión de los obstáculos a los intercambios de mercancías y servicios o la igualación de las condiciones de competencia—, en la medida en que esta norma afecta a la publicidad en medios que, en cualquier caso, contienen exclusivamente publicidad del tabaco. Si el Tribunal de Justicia estima que la Directiva sobre publicidad no fue adoptada válidamente en virtud de la base jurídica invocada en ella, con arreglo al artículo 174 del Tratado CE (actualmente artículo 231 CE), «declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado».

122. Por otra parte, a mi parecer, el legislador comunitario habría sido competente, por las razones relativas a la libre circulación mencionadas en la Directiva, para prohibir la publicidad y el patrocinio del tabaco a través de medios que tienen también otro contenido distinto y en los que hay un elemento diferenciado de servicios o de intercambio, como los periódicos

144 — Citada en la nota 85 *supra*, apartados 18 y 19.

y las emisiones de radio. Si esta conclusión fuera acogida, ¿cuáles serían sus consecuencias sobre el pronunciamiento del Tribunal de Justicia en los presentes asuntos? El Tribunal de Justicia puede sin duda, como hace a menudo, anular solamente parte de una medida. El Tribunal de Justicia no ha facilitado ninguna orientación general sobre el problema de la separabilidad de las partes válidas e inválidas de una medida legislativa. No obstante, a mi parecer, ha optado por la vía de la anulación parcial cuando concurren dos condiciones: en primer lugar, que una disposición específica pueda distinguirse, y por tanto separarse de las restantes sin alterarlas y, en segundo lugar, que la anulación de dicha disposición no afecte a la coherencia de conjunto del régimen normativo del que forma parte.

123. La sentencia en el asunto Tiempo de trabajo¹⁴⁵ ofrece un ejemplo útil. El Tribunal de Justicia anuló la segunda frase del artículo 5 de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la organización del tiempo de trabajo,¹⁴⁶ sobre la elección, en principio, del domingo como el día de descanso semanal. Fue anulada precisamente porque el Consejo no logró demostrar de qué modo el descanso en ese día estaba más estrechamente vinculado que en cualquier otro día de la semana a la salud y seguridad de los trabajadores —que era el objetivo de la Directiva impugnada—. El Tribunal de Justicia declaró expresamente que la frase podía desligarse de las demás, y es evidente que no estimó que su anulación pudiera alterar la estructura general de la Directiva,

pues la disposición carecía de relación con el objetivo de aquélla.

124. El Tribunal de Justicia también ha abordado al problema de la anulación parcial en contextos no normativos. Por ejemplo, en el asunto Consten y Grundig/Comisión, el Tribunal de Justicia declaró que, dadas las circunstancias del caso, la Comisión no había motivado en la decisión impugnada la prohibición en su totalidad de un acuerdo entre empresas, por su carácter anticompetitivo, en lugar de prohibir sólo determinadas partes separables, pero también declaró que la prohibición podría ser aplicada «al acuerdo en su conjunto si dichos elementos no pueden desligarse del acuerdo mismo».¹⁴⁷ En el asunto Transocean Marine Paint/Comisión, el Tribunal de Justicia anuló la única disposición, de una decisión más amplia de la Comisión, que había sido impugnada por la asociación de empresas afectada, a pesar de su importancia, porque era susceptible de ser separada de las restantes disposiciones y porque la decisión, en su conjunto, era favorable para los intereses de las empresas afectadas.¹⁴⁸ Ello implica, a mi juicio, que el Tribunal de Justicia tomó en consideración la coherencia de las disposiciones subsistentes tras la anulación solamente parcial por la que optó.

125. Creo que una orientación útil sobre el problema de la coherencia normativa es también proporcionada por el criterio adoptado en aquellos órdenes jurisdiccionales cuyos órganos ejercen la potestad de

145 — Citada en la nota 80 *supra*, apartado 37.

146 — DO L 307, p. 18.

147 — Sentencia de 13 de julio de 1966 (asuntos acumulados 56/64 y 58/64, Rec. p. 344).

148 — Sentencia de 23 de octubre de 1974 (17/74, Rec. p. 1063), apartado 21.

declarar inválida una ley en razón de las disposiciones de una Constitución escrita.

126. La Irish Supreme Court ha declarado:

«Existe la presunción de que una ley o una norma de una ley no pretende ser constitucionalmente eficaz tan sólo en su totalidad. Esta presunción, no obstante, puede ser desvirtuada [...] si la parte subsistente está tan inseparablemente ligada a la parte declarada inválida que aquélla no puede mantenerse en vigor con independencia de ésta, o si la parte subsistente no representa la intención legislativa, esa parte no podrá ser separada y declarada constitucionalmente válida. Éste es esencialmente un problema de interpretación de la voluntad del legislador a la luz de las disposiciones constitucionales relevantes [...]. Si los órganos jurisdiccionales tuvieran que separar una parte de una norma legal por inconstitucional e intentar reconocer la validez de la parte restante, de tal modo que se produjera un resultado en discordancia con la política del legislador, este Tribunal estaría invadiendo un ámbito exclusivo del poder legislativo y sobrepasaría así los límites de su competencia.»¹⁴⁹

Pronunciándose en nombre de la Supreme Court de los Estados Unidos en el asunto Lynch v. US, el Juez Sr. Brandeis manifestó:

«Es cierto que una norma viciada en parte no es necesariamente inválida en su totali-

dad. Puede admitirse que una disposición que respete la competencia legislativa subsista si es separable de la parte viciada. Pero ninguna disposición, aun cuando sea en sí conforme a derecho, puede mantenerse en vigor, salvo, por un lado, que pueda, por sí sola, surtir efectos jurídicos y, por otro lado, que el legislador haya querido que dicha disposición conforme a derecho permanezca vigente en el supuesto de que se eliminen otras disposiciones declaradas inválidas.»¹⁵⁰

Apoyo la adopción expresa de un criterio similar en el Derecho comunitario.

127. Ahora bien, en los presentes asuntos no se cumple ninguno de los requisitos antes mencionados. En primer lugar, en ninguna parte diferenciada y separable de la Directiva sobre publicidad se recoge una prohibición de la publicidad en ciertos medios, que podría ser válida. Los apartados 1 y 2 del artículo 2 de la Directiva definen la publicidad y el patrocinio en términos generales y el artículo 3, apartado 1 establece una prohibición general y de amplio alcance que afecta a todo este tipo de publicidad y patrocinio. No se mencionan medios específicos de publicidad y patrocinio distintos de los que son objeto de un trato excepcional por el artículo 3, apartado 5. Así pues, cualquier pronunciamiento de anulación, *pro tanto*, llevaría al Tribunal de Justicia a dotar de una nueva redacción a la norma, al interpretar-la. No existe disposición alguna cla-

150 — 292 US 571, 1934. Al parecer, el primer requisito antes mencionado no se aplica a los Tribunales de los Estados Unidos, que pueden limitar la aplicación de una ley de alcance general o de una de sus disposiciones. Su vinculación al respeto de la voluntad legislativa se aplica *a fortiori* cuando se sigue un criterio más estricto acerca de la separabilidad de las disposiciones legislativas.

149 — Maher/Attorney General, 1973, IR 140.

ramente separable que haga posible una resolución anulatoria parcial.

128. En segundo lugar, las partes no afectadas por la anulación representarían tan sólo una parte del objeto de la prohibición, que fue claramente concebida en términos globales por el legislador comunitario. El Tribunal de Justicia cortaría el árbol pero trataría de preservar algunas ramas, a pesar del hecho de que el octavo considerando de la exposición de motivos de la Directiva se refiere a la interdependencia entre los distintos medios de publicidad y al riesgo de distorsión de la competencia entre ellos. Cualquiera que sea el valor de apreciación, se deduce claramente, tanto de este considerando como del artículo 2, apartado 2, y del artículo 3, apartado 1, que el legislador comunitario había concebido una medida de aplicación general e indiferenciada (sin perjuicio de determinadas excepciones recogidas específicas en los apartados 2 y 5 del artículo 3), antes que una medida ajustada a las características específicas de ciertas formas de publicidad o determinados servicios de patrocinio. Cualquier intento de redactar de nuevo la Directiva en sede jurisdiccional entraría además en conflicto con el objetivo de seguridad jurídica: sería extremadamente difícil elaborar una descripción apropiada —pues ninguna hay en la Directiva— de aquellas partes de la prohibición de publicidad que quedarían vigentes (suponiendo que no fueran invalidadas en virtud de alguno de los otros motivos de anulación alegados en los presentes asuntos).

129. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que anule en su totalidad la Directiva sobre publicidad.

130. Mi examen de los restantes motivos de anulación alegados por los demandantes es necesariamente más breve que el del problema principal. No puedo formular suposiciones sobre el criterio que el Tribunal de Justicia seguiría de no aceptar mi conclusión principal. Ello es aplicable en particular al problema de la proporcionalidad, sobre la que, con carácter subsidiario, deberían considerarse distintas hipótesis alternativas.

ii) Subsidiariedad

131. Si bien existe un vínculo entre la base jurídica y la subsidiariedad, el problema planteado es diferente. No se trata de determinar si la Comunidad era competente para adoptar la medida controvertida, sino antes bien si debía haber ejercido esa competencia.¹⁵¹

132. El principio de subsidiariedad se insertó por vez primera en el Tratado en el limitado ámbito de la nueva competencia comunitaria relativa al medio ambiente, instaurada por el Acta Única Europea.¹⁵² Con un carácter más general fue introducido en el artículo 3 B del Tratado CE por

151 — Para un análisis similar aunque no idéntico, véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Léger en el asunto Tiempo de trabajo, citado en la nota 80 *supra*, puntos 126 y 127.

152 — El artículo 130 R, apartado 4, del Tratado CEE disponía que «la Comunidad actuará [...] en la medida en que los objetivos [...] puedan conseguirse en mejores condiciones en el plano comunitario que en el de los Estados miembros considerados aisladamente». Esta disposición fue derogada al entrar en vigor el Tratado de la Unión Europea el 1 de noviembre de 1993.

el Tratado de la Unión Europea. El artículo 3 B, párrafo segundo, dispone:

«En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.»

133. El principio se refiere sólo a la opción entre la actuación comunitaria y la de los Estados miembros. Aunque sólo fuera por esta razón,¹⁵³ dicho proceso es a lo sumo un reflejo parcial de la aspiración, declarada en la exposición de motivos y en el artículo A del Tratado de la Unión Europea (actualmente artículo 1 TUE tras su modificación), a que «las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos». En el caso de la actuación de un Estado miembro, el grado de proximidad al ciudadano depende de la Constitución y del funcionamiento interno del Estado miembro del que se trate. Por igual razón, no parece de utilidad examinar el contenido o la aplicación de la conclusión más amplia

153 — El artículo L del Tratado de la Unión Europea (actualmente tras su modificación, artículo 46 TUE) no incluye el artículo A ni el artículo B del Tratado de la Unión Europea (actualmente artículo 2 TUE, tras su modificación), que también exigen que la Unión respete el principio de subsidiariedad, entre las disposiciones respecto a las cuales el Tribunal de Justicia puede ejercitar su competencia.

según la cual es erróneo «atribuir a una mayor y más elevada asociación aquello que pueden hacer organizaciones menores y subordinadas».¹⁵⁴

134. Los presentes asuntos afectan al alcance jurídico y la aplicabilidad del principio según se expresa en el Tratado CE. El principio es definido y delimitado por la frase inicial del artículo 3 B, segundo párrafo:

«en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva [...]»

135. La aplicación del principio en los presentes asuntos depende de la cuestión de si la actuación de armonización en virtud de los artículos 57, apartado 2, y 100 A del Tratado corresponde a la competencia exclusiva de la Comunidad. Si es así, el principio no es aplicable. Por otra parte, los demandantes en ambos asuntos parecen presuponer que la base jurídica en virtud de la que se adoptó la Directiva no forma parte de la competencia exclusiva de la Comunidad. Si esa suposición es errónea, como creo que lo es, es innecesario considerar si el principio fue realmente respetado.

154 — Encíclica Papal *Quadragesimo Anno* (1931), apartado 79.

136. Para empezar, examinaré la naturaleza de la armonización de normas nacionales. Estoy de acuerdo con el argumento, sobre el que el Parlamento Europeo insistió en la vista oral, de que los Estados miembros, simplemente, no pueden armonizar las disposiciones legales, reglamentarias o la actuación administrativa de los otros Estados en las materias incluidas en el ámbito de aplicación del Tratado. La lógica excluye la actuación individual y el Derecho la actuación colectiva de los quince Estados miembros (por ejemplo, mediante un Tratado celebrado según el Derecho internacional público), atendiendo, en particular, a los términos del artículo 5 del Tratado CE (actualmente artículo 10 CE).¹⁵⁵ Así, en la sentencia *Tiempo de trabajo*, el Tribunal de Justicia declaró, en un pronunciamiento que examinaré después más ampliamente, que, cuando la armonización de las condiciones es necesaria en virtud del artículo 118 A del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE), ello «supone necesariamente una acción comunitaria».¹⁵⁶

comunitarias de armonización conferidas *ratione materiae*, cuyo objetivo es conseguir determinados resultados en el ámbito afectado, como son la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente.¹⁵⁷ Aunque en estos ámbitos la Comunidad tiene competencia exclusiva para adoptar medidas de armonización, esa competencia no ha sido conferida con el objetivo, diferente, de lograr la uniformidad.¹⁵⁸ Antes bien, la adopción de reglas comunitarias uniformes está prevista con el fin de conseguir determinados objetivos de importancia que también son perseguidos por los Estados miembros mediante el ejercicio de sus propias competencias. En este sentido, las competencias *materiales* de la Comunidad y de los Estados miembros son concurrentes. Existe entonces una opción entre la actuación de la Comunidad y la de los Estados miembros, dirigida a los mismos fines. El principio de subsidiariedad es aplicable, pero será respetado, parece ser, si se demuestra la necesidad de adoptar medidas comunes de armonización, un instrumento que sólo puede utilizarse a nivel comunitario.

137. Ello no significa que el principio de subsidiariedad sea inaplicable en el supuesto del ejercicio de las competencias

138. Así, en la sentencia *Tiempo de trabajo*, el Tribunal de Justicia declaró que el segundo componente del test sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad establecido en el artículo 3 B del Tratado, es decir, que se puede lograr mejor

155 — No trato aquí acerca de la legalidad de la coordinación en dichos ámbitos entre un menor número de Estados miembros, pues no constituye una alternativa a la armonización a nivel comunitario para el conjunto de la Comunidad; respecto a un supuesto especial, véase el artículo 233 del Tratado CE (actualmente artículo 306 CE). Por igual razón, no entro en la cuestión de los compromisos exteriores de los Estados miembros con terceros países, que, en los casos en que la Comunidad aún no ha actuado en el orden comunitario, posiblemente deban ser valorados en relación con la competencia exterior más limitada de la Comunidad.

156 — Citado en la nota 80 *supra*, apartado 47. Véase también la manifestación del Abogado General Sr. Léger, en el punto 129 de sus conclusiones en este asunto, según la que la armonización «necesariamente implica actuación supranacional».

157 — Primer inciso del artículo 130 R, apartado 1, del Tratado CE.

158 — No comento aquí las competencias materiales que incluyen la adopción de una política común. El análisis a continuación del carácter exclusivo de las competencias comunitarias relativas al mercado interior puede ser de mayor importancia para ellas.

el objetivo pretendido a nivel comunitario que al nivel nacional, se cumplía en razón de la necesidad de la actuación comunitaria.¹⁵⁹ El Tribunal de Justicia declaró:

«Debe señalarse a este respecto que el artículo 118 A encarga al Consejo adoptar las disposiciones mínimas con el fin de contribuir, mediante la armonización, a la consecución del objetivo de elevación del nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores, que, con arreglo al apartado 1 de dicha disposición, incumbe en primer lugar a los Estados miembros. Al haber constatado el Consejo la necesidad de mejorar el nivel existente de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores y de armonizar dentro del progreso las condiciones existentes en ese ámbito, la consecución de dicho objetivo mediante disposiciones mínimas supone necesariamente una acción comunitaria, que por lo demás deja en buena parte en manos de los Estados miembros, como ocurre en este caso, la facultad de adoptar las modalidades de aplicación necesarias.»¹⁶⁰

139. En la sentencia *Tiempo de trabajo*, el Tribunal de Justicia examinó un ámbito de

competencia compartida, por lo que no tuvo que interpretar el concepto de «competencia exclusiva». La situación es diferente, y en mi opinión más clara, en el supuesto del ejercicio de la competencia comunitaria para adoptar medidas de armonización para la consecución de los objetivos del mercado interior. Ya he explicado que los artículos 57, apartado 2, y 100 A del Tratado establecen una competencia comunitaria general de naturaleza horizontal, funcional.¹⁶¹ Cuando normas nacionales dispares crean obstáculos a los intercambios de mercancías o a la prestación de servicios, o distorsiones de la competencia, la Comunidad tiene un interés en lograr la uniformidad de las condiciones de los intercambios, que es totalmente distinto de su interés en el contenido sustantivo de las normas uniformes adoptadas. La coordinación o la aproximación de las normas nacionales que afectan a la actividad económica es la esencia misma de esas competencias, *siempre que* esté al servicio de los objetivos del mercado interior y no sea meramente un instrumento para conseguir algún otro objetivo diferente, materialmente definido. Es evidente que sólo la Comunidad puede adoptar medidas que cumplan esos requisitos. Los Estados miembros pueden intentar paliar algunos de los efectos de las legislaciones dispares, por ejemplo adoptando normas de reconocimiento mutuo, pero no pueden por sí solos conseguir la uniformidad como tal en el ámbito afectado. El hecho de que los Estados miembros sean competentes en un ámbito material que puede ser afectado por medidas relativas al mercado interior, como es el de la protección de la salud, no implica que las competencias de la Comunidad relativas al mercado interior sean concurrentes con las estatales. Al igual que los objetivos perseguidos son de diferente

159 — Citada en la nota 80 *supra*, apartado 55. Véanse también las conclusiones del Abogado General Sr. Léger en este asunto, punto 131. El demandante en este asunto creó cierta confusión, al no alegar el principio de subsidiariedad como motivo de anulación, al tiempo que lo invocaba repetidamente en sus argumentos (véase el punto 124 de las conclusiones del Abogado General Sr. Léger, y el apartado 46 de la sentencia); pero es cierto que el Tribunal de Justicia trató acerca de esta cuestión como si hubiera sido planteada.

160 — *Ibid.*, apartado 47.

161 — Véanse los puntos 62 a 66 *supra*.

naturaleza,¹⁶² también lo son las competencias subyacentes.¹⁶³

140. El Abogado General Sr. Léger mantuvo un criterio similar en el asunto Garantía de depósitos. Así, señaló que el artículo 57 del Tratado —la base jurídica de la Directiva impugnada en dicho asunto— no alude en absoluto a la competencia de los Estados miembros y que esta disposición «asigna exclusivamente a la Comunidad la labor de coordinación de las legislaciones nacionales en este ámbito, lo que demuestra que, *desde el principio*, los autores del Tratado consideraron que la coordinación en materia de acceso a las actividades no asalariadas y de ejercicio de éstas se conseguiría mejor mediante una acción comunitaria que mediante una acción en el ámbito nacional». ¹⁶⁴ El asunto Garantía de depósitos es por esa razón potencialmente más relevante para los presentes asuntos que el asunto Tiempo de trabajo, que se relacionaba con una competencia material compartida.

141. Alemania ha alegado que el Tribunal de Justicia no acogió la opinión del Abo-

gado General, en la medida en que no se pronunció sobre el problema de la competencia exclusiva. Esa tesis, sin embargo, se basa en una interpretación errónea de la sentencia. El Tribunal de Justicia, cuidadosamente, declaró que Alemania no alega en este asunto que la Directiva discutida viole el principio de subsidiariedad, sino que «sólo reprocha al legislador comunitario no haber señalado motivos que justificaran que su actuación era conforme con este principio». ¹⁶⁵ En otras palabras, el argumento no versaba sobre la observancia sustantiva del principio, sino sobre la obligación de motivar. Además, el Tribunal de Justicia antepuso los términos «en cualquier caso» ¹⁶⁶ a su conclusión de que la obligación de motivar había sido respetada. Así pues, el Tribunal de Justicia declaró simplemente que los motivos expresados eran suficientes, *fuera o no* aplicable el principio de subsidiariedad, mas no, como se alega, que el principio *fuera* efectivamente aplicable. Era perfectamente apropiado que el Tribunal de Justicia se abstuviera de pronunciarse sobre una cuestión de la mayor importancia constitucional que se planteó, a lo sumo, de modo marginal en las alegaciones. Su sentencia no puede pues considerarse un precedente sobre el problema.

162 — Véase el punto 69 *supra*.

163 — Así pues, la competencia diferenciada de los Estados miembros acerca de los problemas de salud no está limitada por la naturaleza exclusiva de la competencia comunitaria para adoptar medidas de armonización para la consecución de los objetivos del mercado interior. Dejando aparte las cuestiones de observancia de las disposiciones del Tratado como los artículos 30 a 59, el ejercicio de la competencia nacional en un ámbito como el de la protección de la salud sólo está excluido en la medida en que pueda afectar a medidas relativas al mercado interior previamente adoptadas. Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Léger en el asunto Garantía de depósitos, citado en la nota 52 *supra*, punto 85, y la numerosa jurisprudencia acerca del efecto preclusivo del ejercicio de la competencia comunitaria.

164 — Citado en la nota 52 *supra*, punto 82 de las conclusiones. En el punto 86, manifestó que la Comunidad «no actúa ejerciendo una competencia subsidiaria, sino claramente en virtud de atribuciones exclusivas [...]».

165 — *Ibid.*, apartado 24 de la sentencia.

166 — *Ibid.*, apartado 28 de la sentencia.

dad no es aplicable. No puede existir test de «eficacia comparativa» entre la actuación potencial de los Estados miembros y la de la Comunidad. Si existiera, surgirían problemas de principio aún más difíciles. En particular, ¿cómo se sopesan los beneficios comparativos de la actuación comunitaria de armonización para los fines del mercado interior en relación con las normativas singulares de cada Estado miembro referidas a inquietudes nacionales de carácter sustantivo completamente diferentes?

143. Nada hay en el Protocolo relativo a la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, de haber estado en vigor en la fecha de adopción de la Directiva sobre publicidad, que hubiera alterado la conclusión a la que he llegado. En particular, en aquél se manifiesta con claridad que «el principio de subsidiariedad no pone en tela de juicio las competencias conferidas a la Comunidad Europea por el Tratado conforme las ha interpretado el Tribunal de Justicia». ¹⁶⁷ El Protocolo reitera que «[los criterios mencionados en el párrafo segundo del artículo 5 del Tratado] se referirán a los ámbitos en los que la Comunidad no tiene competencia exclusiva».

144. Como el representante de los demandantes alegó, puede ciertamente parecer sorprendente que la subsidiariedad no haya de aplicarse en un ámbito que, de modo tan inherente, implica la actuación comunitaria en ámbitos que, en otro caso, serían de la competencia de los Estados miembros. En el asunto Garantía de depósitos, Alemania alegó que el reconocimiento de que la Comunidad tenía, con carácter exclusivo, «competencia en relación con el mercado

interior equivaldría a conferir a la Comunidad competencia exclusiva en casi todos los ámbitos de actividad, siempre que la medida de que se tratara suprimiera obstáculos al mercado interior». ¹⁶⁸ El Abogado General Sr. Léger rebatió este argumento y analizó con cierto detalle los aspectos en los que sigue siendo posible la actuación de los Estados miembros. Más aún, ya que no se pone en duda la necesidad misma de garantizar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, mi conclusión es que el control jurisdiccional de la observancia de los criterios objetivos requeridos para la adopción de medidas fundadas en estas bases jurídicas tomará en consideración, en alguna medida, las inquietudes relativas a una actuación comunitaria innecesaria en ámbitos en los que los Estados miembros también son competentes, lo que impulsó la inserción del principio de subsidiariedad en el Tratado.

145. Puesto que he concluido que no es aplicable el principio de subsidiariedad, no es a mi juicio necesario analizar si fue respetado en estos asuntos. Propongo pues desestimar este motivo de invalidez.

iii) *Proporcionalidad*

iv) *Infracción del artículo 30 del Tratado*

v) *Violación de derechos económicos*

146. Examinaré conjuntamente estos tres motivos ya que mi criterio acerca de todos

¹⁶⁷ — Apartado 3 del Protocolo.

¹⁶⁸ — Véase el punto 79 de las conclusiones del Abogado General Sr. Léger, en el asunto Garantía de depósitos, citado en la nota 52 *supra*.

ellos se centra en esencia en la eficacia con que la Comunidad persigue los objetivos del mercado interior.

147. El artículo 3 B del Tratado dispone que «ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado». El Tribunal de Justicia estableció el siguiente test de proporcionalidad, con tres componentes, en la sentencia BSE:

«El principio de proporcionalidad [...] exige que los actos de las Instituciones comunitarias no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrece una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos». ¹⁶⁹

148. Este test puede utilizarse tanto para determinar si la Directiva sobre publicidad respeta el principio general de proporcionalidad del Derecho comunitario, de lo que trato principalmente en esta parte de las conclusiones, como para valorar si aquella limita de modo lícito el ejercicio de dere-

chos fundamentales como la libertad de expresión. ¹⁷⁰ Sin embargo, ese test no conducirá necesariamente a los mismos resultados en los dos contextos, a causa de los diferentes factores objeto de ponderación.

149. De mi precedente análisis se sigue que es perfectamente legítimo que el legislador comunitario persiga simultáneamente objetivos propios del mercado interior y otros relativos a la salud pública. Así, no cabe duda de la base jurídica de la Directiva sobre publicidad si la protección de la salud ocupa un lugar en el análisis de la proporcionalidad de dicha medida. ¹⁷¹ La posibilidad teórica de adoptar medidas relativas al mercado interior menos restrictivas, por ejemplo, la supresión obligatoria de las restricciones nacionales a la promoción del tabaco, no puede por tanto demostrar que la Directiva no sea la forma menos restrictiva de alcanzar los objetivos del legislador, puesto que en tal caso se ignoraría el objetivo de protección de la salud que persigue de forma paralela. Por otra parte, está claro también que la protección de la salud no puede operar como objetivo autónomo. Así pues, por muy importantes que sean los beneficios para la salud derivados de la restricción de muchas de las formas de publicidad, incluso en contextos exclusivamente nacionales, esa restricción sólo cumplirá el primer requisito de proporcionalidad si la Directiva contribuye a la realización de los objetivos del mercado interior; de no ser así, deberá ser considerada viciada, por dejar de atender a un objetivo esencial, que es también, en primer lugar,

169 — Citada en la nota 119 *supra*, apartado 96; véase también la sentencia de 13 de noviembre de 1990, Fedesa y otros (C-331/88, Rec. p. I-4023), apartado 13.

170 — Véase por ejemplo el análisis en las conclusiones del Abogado General Sr. van Gerven en el asunto C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children Ireland (sentencia de 4 de octubre de 1991, Rec. p. I-4685), punto 35.

171 — Véase el punto 97, *supra*.

un requisito para el ejercicio de la competencia. Mi examen anterior de la base jurídica de la Directiva se apoya en lo que considero un error manifiesto del legislador comunitario en relación con el logro, bien de la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios, bien de condiciones de competencia no falseadas, en el sector de la publicidad y el patrocinio del tabaco. Por la misma razón, considero que la Directiva es un medio ineficaz para alcanzar los objetivos pretendidos, y que, siendo así, no cumple el primer requisito del test de proporcionalidad.¹⁷² Si el Tribunal de Justicia no acogiera mi conclusión sobre el problema relativo a la competencia, ya fuera en razón de una apreciación diferente de las reglas generales reguladoras de la competencia, o de su aplicación, me apoyaría no obstante en mi examen de este problema, para demostrar, con carácter subsidiario, que la Directiva es desproporcionada, en el sentido amplio del término, porque no cumple el primero de los tres requisitos de la proporcionalidad.¹⁷³ Carece de utilidad aventurar más conjeturas sobre los diferentes posibles criterios del Tribunal de Justicia acerca del complejo problema de la competencia y de sus implicaciones para el de la proporcionalidad, pues ello solamente nos conduciría a trabajar sobre la base de criterios hipotéticos que pueden finalmente no representar mi propia opinión sobre el problema de la competencia, ni la del Tribunal de Justicia.

150. El argumento de Alemania acerca del artículo 30 del Tratado nada añade, a mi juicio, sobre los problemas ya examinados.

172 — En esta medida, el examen acerca de la competencia y de la proporcionalidad coincide; véase el punto 97 *supra*.

173 — Así, no es preciso tratar acerca de la proporcionalidad en el sentido estricto de ponderación de intereses, como requiere la tercera fase del test de proporcionalidad antes descrito.

No estoy plenamente convencido de la utilidad que tendría el examen por el Tribunal de Justicia de la observancia del artículo 30 por disposiciones específicas de medidas comunitarias relativas al mercado interior,¹⁷⁴ siendo así que, como he dicho,¹⁷⁵ las restricciones impuestas por esas medidas pueden ser un aspecto necesario de una regulación que facilita los intercambios, que debe al mismo tiempo respetar determinadas exigencias de interés general.¹⁷⁶ No obstante, si el Tribunal de Justicia examinara ese problema, su sentencia en el asunto Kieffer y Till¹⁷⁷ señala que el análisis de la proporcionalidad de una aparente restricción de los intercambios de mercancías a la luz del objetivo propio del mercado interior o de otro objetivo de la medida es idéntico al descrito anteriormente, y su resultado es que la Directiva debería ser anulada también por dicho motivo.

151. Por igual razón, propongo al Tribunal de Justicia que anule la Directiva a causa de la violación de los derechos de propiedad y del derecho a ejercer una actividad económica. Estos derechos, como todos los

174 — Véase por ejemplo la sentencia de 9 de agosto de 1994, Meyhui/Schott Zwiessel Glasswerke (C-51/93, Rec. p. I-3879), apartados 13 y 14.

175 — Véanse los puntos 86 y 87 *supra*.

176 — La aplicación del artículo 30 puede ser útil si la actividad económica que, según se alega, es afectada por una medida relativa al mercado interior es una distinta de la que supuestamente se beneficiará de la medida. No obstante, a la luz de mi conclusión tanto en la parte V, i) como en ésta, y dado el debate aún persistente en torno al efecto de normas nacionales reguladoras de acuerdos de venta extremadamente restrictivas para el acceso al mercado, no es necesario ni útil examinar ahora el efecto de la Directiva sobre los intercambios de productos del tabaco. Véanse las sentencias De Agostini, citada en la nota 99 *supra*, apartado 42; de 9 de febrero de 1995, Leclerc-Siplec/TF 1 Publicité y M 6 Publicité (C-412/93, Rec. 1995, p. I-179), y los puntos 37 a 49 de las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs; y de 27 de enero de 2000, Graf (C-190/98, Rec. p. I-493), apartado 23, los puntos 18 a 20 de mis conclusiones en este asunto.

177 — Sentencia de 25 de junio de 1997 (C-114/96, Rec. p. I-3629), apartados 29 a 37.

principios generales del Derecho comunitario, «no constituyen prerrogativas absolutas sino que deben tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad». ¹⁷⁸ Ello permite la imposición de restricciones al servicio de objetivos comunitarios de interés general, que no constituyan, en relación con el fin pretendido, una injerencia desproporcionada e intolerable, que lesione la esencia misma de los derechos garantizados. ¹⁷⁹ La Directiva no impone restricciones que, en mi opinión, correspondan a los objetivos propios del mercado interior necesarios para su válida adopción.

vi) *Libertad de expresión*

152. Por dos razones conexas, es más útil examinar la conformidad de la Directiva sobre publicidad con el principio de libertad de expresión, en el supuesto de que la Directiva fuera, en otros aspectos [y en contra de mis conclusiones en la parte V i) y iii) a v), *supra*], un medio lícito y proporcionado para alcanzar objetivos propios del mercado interior, teniendo en cuenta los derechos e intereses individuales afectados por ella. En realidad, la defensa de la licitud de la injerencia de la Directiva en la libertad de expresión se ha basado casi exclusivamente en el hecho de que persigue un objetivo de protección de la salud pública, sobre lo que aún no he formulado observación sustantiva alguna. Soy consciente también de las implicaciones potenciales de este problema respecto a la justificación de los efectos restrictivos para

los intercambios de mercancías y servicios que se derivan de las normas *nacionales* que regulan la promoción del tabaco.

153. Los derechos fundamentales protegidos en cuanto principios generales del Derecho comunitario incluyen la libertad de expresión. ¹⁸⁰ Para determinar cuáles son los derechos protegidos por el Derecho comunitario y el alcance de la protección que disfrutan, el Convenio Europeo de Derechos Humanos tiene «especial significado» como fuente de inspiración. ¹⁸¹ El artículo 10, apartado 1, del Convenio, en la parte que interesa, dispone:

«Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir y comunicar información o ideas sin que pueda haber injerencia de las autoridades públicas y sin consideración de fronteras [...]»

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que todas las formas de expresión están amparadas en virtud del artículo 10, apartado 1, del Convenio. Ello incluye lo que usualmente se denomina expresión comercial, ¹⁸² es

180 — Sentencias de 18 de junio de 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I-2925), apartado 44, y de 26 de junio de 1997, Familia Press/Bauer Verlag (C-368/95, Rec. p. I-3689), apartado 25.

181 — Sentencia ERT, citada en la nota 180 *supra*, apartado 41; sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston/Chief Constable of the RUC (222/84, Rec. p. 1651), apartado 18.

182 — Véase por ejemplo el asunto Markt Intern/Alemania, sentencia de 20 de noviembre de 1989, serie A, n° 165, apartados 25 y 26; asunto Groppera/Suiza, sentencia de 28 de marzo de 1990, serie A, n° 173, apartado 55; asunto Casado Coca/España, sentencia de 24 de febrero de 1994, serie A, n° 285, apartados 35 y 36.

178 — Sentencia de 28 de abril de 1998, Metronome Musik/Music Point Hokamp (C-200/96, Rec. p. I-1953), apartado 21.

179 — *Ibid.*

decir, la transmisión de información, la expresión de ideas o la comunicación de imágenes como parte de la promoción de una actividad mercantil, y el derecho correspondiente a recibir dichas comunicaciones.

154. La expresión comercial debe ser también protegida en el Derecho comunitario. La expresión comercial no contribuye de igual modo que la expresión política, periodística, literaria o artística, en una sociedad democrática liberal, al logro de bienes sociales como, por ejemplo, el fomento de la responsabilidad y del debate democrático o la crítica de las opiniones actualmente dominantes con el fin de promover la tolerancia o el cambio. Sin embargo, a mi parecer, 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.¹⁸³ Así pues, la libertad de los individuos para promover actividades mercantiles no deriva tan sólo de su derecho a emprender actividades económicas y del compromiso general, en el contexto comunitario, con una economía de mercado 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.

183 — Para una referencia a la función a la vez social y personal de la libertad de expresión, véase el asunto *Handyside*/Reino Unido, sentencia de 7 de diciembre de 1976, serie A, n° 24 (en lo sucesivo, «*Handyside*»), apartado 49.

155. Por otra parte, está claro que el ejercicio de la libertad de expresión, como el de otros derechos y 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 pública es una de las causas por las que el artículo 10, apartado 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos autoriza la imposición de restricciones a la libertad de expresión. Este ejemplo debería seguirse en el ordenamiento jurídico comunitario. El Tribunal de Justicia, ciertamente, ha atribuido primacía entre los intereses públicos mencionados en el artículo 36 del Tratado a la protección de la salud humana,¹⁸⁴ que figura destacadamente, desde luego, en las propias políticas de la Comunidad, en virtud del artículo 3, letra o), el artículo 100 A, apartado 3, y el artículo 129, apartado 1, del Tratado.

156. 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, dicha autoridad debe acreditar el cumplimiento de los tres componentes del test de proporcionalidad expuestos anteriormente en los puntos 147 y 148. En el caso de la Directiva sobre publicidad se ha alegado que el consumo de productos del tabaco es peligroso para la salud de los fumadores, que la publicidad y el patrocinio fomentan dicho consumo y

184 — Sentencia de 10 de noviembre de 1994, *Ortscheit* (C-320/93, Rec. p. I-5243), apartado 16.

que una prohibición muy amplia de formas de expresión produciría una reducción del consumo de tabaco y, por tanto, la mejora de la salud pública. El daño que fumar causa a la salud no se ha discutido en los presentes asuntos, y Alemania resaltó su propio deseo de reducir el consumo. Sin embargo, se ha debatido ampliamente si la prohibición de muchas formas de promoción de productos del tabaco conseguirá su finalidad de reducir el consumo de tabaco o, más bien, afectará meramente a la competencia entre marcas de tabaco.

157. Como ya he expuesto, la función del Tribunal de Justicia, al valorar la proporcionalidad de opciones legislativas en ámbitos complejos, consiste normalmente en examinar «si al ejercitar tales facultades [la Comisión] incurre en error manifiesto o en desviación de poder, o también si rebasa manifiestamente los límites de [su] facultad de apreciación». ¹⁸⁵ No hay duda de que la valoración de los efectos de la publicidad en el grado de consumo de un producto y la de los efectos por tanto probables de una prohibición muy amplia de la publicidad, constituye un problema complejo. Sin embargo, a mi juicio, ésta no es la pauta apropiada del control jurisdiccional al enjuiciar las restricciones al ejercicio de un derecho subjetivo fundamental como es la libertad de expresión. ¹⁸⁶

158. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos exige normalmente que las Partes Contratantes aporten pruebas convincentes de una necesidad social imperativa para restringir la libertad de expresión. ¹⁸⁷ Ese Tribunal ha adoptado, al parecer, un criterio diferente en el supuesto de la expresión comercial: su limitación es admisible cuando las autoridades competentes «por motivos razonables, han considerado necesarias las restricciones». ¹⁸⁸ Esta diferencia de trato se justifica, en mi opinión, por las diferencias en la interacción entre, por un lado, la expresión comercial y, por ejemplo, la expresión política, y, por otro lado, intereses públicos más generales. Como he observado ya, la expresión política por sí misma sirve a determinados intereses sociales de suma importancia; ¹⁸⁹ la expresión comercial no cumple normalmente una función social más amplia de igual importancia, más allá de su función en la promoción de la actividad económica, respecto de la cual el legislador dispone apropiadamente de amplia discrecionalidad para imponer restricciones en razón del interés público.

159. En consecuencia, propongo que se adopte un criterio similar en el ordenamiento jurídico comunitario. Cuando se ha comprobado que una medida comunitaria restringe la libertad de expresión comercial, como claramente lo hace la Directiva sobre

185 — Sentencia BSE, citada en la nota 119 *supra*, apartado 60, citado en el punto 98 de estas conclusiones.

186 — El criterio es diferente respecto a derechos económicos como el derecho de propiedad o la libertad de ejercicio de una actividad mercantil o profesional, a causa de los inevitables efectos sobre el ejercicio de en particular, dichos derechos de la política económica general, respecto de la cual el legislador (o quien recibe de éste potestad reglamentaria) debe disponer de un amplio margen de discrecionalidad. Véase la sentencia de 17 de octubre de 1995 R/Minister for Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Fishermen's Organisations y otros (C-44/94, Rec. p. I-3115), apartados 57 a 61.

187 — Véase el asunto Sunday Times/Reino Unido, sentencia de 26 de abril de 1979, serie A, n° 30; el asunto Observer and Guardian/Reino Unido, sentencia de 26 de noviembre de 1991, serie A, n° 216, apartado 59.

188 — Asunto Markt Intern/Alemania, citado en la nota 182 *supra*, apartado 37 de la sentencia; asunto Groppera/Suiza, citado en la nota 182, apartado 73 de la sentencia.

189 — Véase por ejemplo el asunto Lingens/Austria, sentencia de 8 de julio de 1986, serie A, n° 103, apartado 41, acerca de la importancia de la libertad de prensa.

publicidad, el legislador comunitario debe también estar obligado a demostrar al Tribunal de Justicia que existían motivos razonables de interés público para adoptar la medida discutida. En términos concretos, debe probar de manera consistente que la medida será eficaz para conseguir el objetivo de interés público invocado —en los presentes asuntos, una reducción del consumo de tabaco en comparación con el nivel que, de no ser por dicha medida, aquél habría alcanzado—, y de que otras medidas menos restrictivas no habrían sido igualmente eficaces.

160. La prueba exigida para justificar una restricción dependerá de la naturaleza del motivo alegado en relación con dicha restricción. A este respecto, se trata, en buena medida, de valorar objetivamente los efectos probables de la Directiva sobre publicidad. El legislador no debe disponer de un margen de apreciación tan amplio como en el supuesto, por ejemplo, de la protección de la moralidad.¹⁹⁰ No obstante, la Comunidad no debe verse privada de la posibilidad de actuar por el interés público simplemente porque la justificación de su actuación dependa necesariamente, no de estudios científicos «sólidos», sino de una prueba de carácter científico social, que prediga, a partir de conductas pasadas, las reacciones futuras de los consumidores ante cambios en el volumen de recepción de mensajes de promoción.¹⁹¹ Aún más, cuando el legislador comunitario pueda

acreditar que actuó en base a estudios de especialistas de reconocido prestigio, el hecho de que otros estudios aparentemente fiables hayan llegado a conclusiones contrarias no demuestra por sí solo que el legislador careciera de motivos razonables para actuar. En los presentes asuntos, la valoración por el legislador de los efectos de la publicidad del tabaco es coherente con la declaración por el propio Tribunal de Justicia de que «es de hecho innegable que la publicidad actúa como un estímulo para el consumo».¹⁹² Además, no es posible delimitar el objetivo de la mayor parte de la publicidad con la precisión suficiente para que se dirija sólo a los que ya fuman y desean elegir entre varias marcas, con exclusión de otros que pueden ser incitados, bien a empezar a fumar, bien a desistir de la intención de dejar de fumar.

161. Las exigencias probatorias pueden ser menos rigurosas cuando está en juego la salud pública. El Tribunal de Justicia declaró en la sentencia pronunciada en el asunto BSE que «cuando subsisten dudas sobre la existencia o el alcance de riesgos para la salud de las personas, las Instituciones comunitarias pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y la gravedad de tales riesgos».¹⁹³ Sin embargo, los asuntos aquí contemplados no tratan acerca de una prohibición de

190 — Véase el apartado 48 de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pronunciada en el asunto *Handyside*, citado en la nota 183; el punto 37 de las conclusiones del Abogado General Sr. van Gerven y el apartado 20 de la sentencia dictada en el asunto *Grogan*, citado en la nota 170 *supra*.

191 — La distinción entre estas clases de prueba no es en cualquier caso tan nítida como pudiera pensarse; las conclusiones científicas se alcanzan normalmente mediante la predicción, con mayor o menor grado de probabilidad, de la continuidad en circunstancias futuras similares de los efectos observados en determinadas circunstancias pasadas.

192 — Sentencia de 10 de julio de 1980, *Comisión/Francia* (152/78, Rec. p. 2299), apartado 17; véase también la sentencia de 25 de julio de 1991, *Aragonesa de Publicidad Exterior y Publivia* (asuntos acumulados C-1/90 y C-176/90, Rec. p. I-4151; en lo sucesivo, «*Aragonesa*»), apartado 17, en la que el Tribunal de Justicia declaró que no era «manifestamente irrazonable» imponer restricciones a la publicidad de bebidas de contenido alcohólico superior a cierto límite «como parte de una campaña contra el alcoholismo». No obstante, el problema de la libertad de expresión no se planteó en estos asuntos.

193 — Sentencia antes citada, apartado 99. Véase también la sentencia *Fedesa* y otros, citada en la nota 169 *supra*, apartado 9.

comercialización de los productos mismos del tabaco, cuyos efectos nocivos para la salud no se han discutido, sino antes bien de una amplia prohibición de la promoción de esos productos. El debate científico de que se trata se refiere a los efectos de dicha promoción en el nivel de consumo global (frente a la mera elección de una marca por quienes ya fuman), lo que difiere de la valoración de los riesgos para la salud efectivamente originados por el mencionado consumo. Aún más, la prohibición controvertida en el asunto BSE era de carácter temporal y estaba sujeta a revisión después de un nuevo examen de la situación.¹⁹⁴ Las divergencias de opinión acerca del efecto de la publicidad del tabaco comenzaron hace mucho tiempo y no es probable que se resuelvan pronto. La pauta propuesta en el apartado precedente tiene en cuenta la falta de unanimidad en los ámbitos científicos; a mi juicio, no sería suficientemente respetuoso de la libertad de expresión ir más lejos, y permitir que el legislador restrinja el ejercicio de esta libertad sin prueba evidente alguna de que tal restricción generará probablemente cambios de conducta, que a su vez probablemente beneficien a la salud pública.

162. El Consejo presentó como prueba las conclusiones de dos informes, uno elaborado por el United States National Bureau of Economic Research («NBER»),¹⁹⁵ y otro encargado por el Ministro Federal alemán de la Salud al Institut für Therapie- und Gesundheitsforschung, Kiel.¹⁹⁶ Aunque

los demandantes en el asunto Imperial Tobacco presentaron como prueba ante el Tribunal nacional estudios con conclusiones opuestas, el Reino Unido también presentó estudios que no han sido objeto de análisis en el presente proceso. Francia también presentó pruebas acerca del efecto de su restricciones nacionales («la loi Évin»). A mi parecer, es suficiente tener en cuenta los estudios en que se apoyan las instituciones. Los informes hallan una correlación tanto entre la publicidad del tabaco y el inicio de su consumo, en particular entre los jóvenes, como entre la prohibición de la publicidad y la reducción media *per capita* del consumo de tabaco. El informe del NBER incluye una estimación, basada en análisis de la regresión, de los efectos probables de la segunda propuesta revisada de Directiva presentada por la Comisión,¹⁹⁷ que concluye que probablemente habría reducido el consumo de tabaco en un 6,9 % aproximadamente durante el período de la muestra.¹⁹⁸ Además, concluye que, en tanto que las prohibiciones de carácter amplio tienen un efecto claro en la reducción del consumo de tabaco, las prohibiciones limitadas son escasamente eficaces para reducir la influencia de la publicidad, ya que permiten sustituir los medios restringidos por otros y no originan una reducción global del gasto para publicidad del tabaco ni de su exhibición. El octavo considerando de la exposición de motivos de la Directiva sobre publicidad menciona la posibilidad de eludir una prohibición que no abarca todas las formas de publicidad. Resulta interesante comprobar que las instituciones han intentado por todos los medios negar que la prohibición sea total, con el propósito de defenderla, a pesar de que las pruebas que han aportado muestran que una prohibi-

194 — Sentencia antes citada, apartado 101.

195 — H. Saffer y F. Chaloupka, «Tobacco Advertising: Economic Theory and International Evidence», *NBER Working Paper* n° 6958 (Cambridge, MA, 1999).

196 — R. Hanewinkel y J. Pohl, *Advertising and tobacco consumption: Analysis of the effects, with particular reference to children and adolescents* (Kiel, 1998).

197 — Véase el punto 19 *supra*.

198 — El análisis se basaba en datos de once Estados miembros durante el período de 1986 a 1992.

ción que no sea total resultaría mucho menos eficaz.

no excluye a la otra, y no se ha demostrado que sus efectos coincidan exactamente.

163. Mi conclusión, sobre la base de estas pruebas, es que el legislador comunitario tenía motivos razonables para creer que una amplia prohibición de la promoción del tabaco conduciría a una reducción importante en los niveles de consumo y contribuiría así a la protección de la salud pública.

164. En lo que atañe al requisito de que las restricciones impuestas no sean más gravosas de lo necesario, comparto el criterio de que una prohibición casi total de la publicidad de una actividad económica es una injerencia especialmente grave en el ejercicio de la libertad de expresión.¹⁹⁹ Cuanto más restrictivos sean los efectos, más necesario resulta que el legislador pruebe que una medida menos gravosa no habría sido suficiente. No obstante, mi conclusión es que el legislador ha cumplido esa obligación de prueba en los presentes asuntos, al demostrar que tenía motivos razonables para considerar que las restricciones limitadas de la promoción del tabaco son ineficaces. El hecho de que otras medidas, positivas, como las campañas de información, puedan también producir dichos efectos no demuestra por sí mismo que una amplia prohibición de la publicidad sea en exceso restrictiva, pues (respetando la distribución de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros), una opción

165. Entro ahora en la tercera fase del análisis, acerca de si la Directiva sobre publicidad impone, o no, restricciones a la libertad de expresión comercial que sean desproporcionadas, habida cuenta de los beneficios pretendidos para el interés público, con independencia de la eficacia con que se persigan. Dado el importante papel que el consumo de tabaco desempeña como factor de mortalidad y como causa de graves problemas para la salud en la Comunidad, estimo que una reducción potencial del 6,9 % en los niveles de consumo sería un beneficio importante para la salud pública, equivalente con probabilidad a salvar miles de vidas.

166. En mi opinión, en principio, si se cumplen los requisitos relativos a la eficacia y a la imposición de las restricciones que sean estrictamente necesarias, la prohibición de la promoción de productos peligrosos no lesiona de manera inaceptable los derechos como la libertad de expresión comercial, siempre que no se restrinja el intercambio, o de información científica y de otra clase, así como la expresión de opiniones políticas acerca de la regulación del comercio en cuestión. Los productores de tabaco conservan la libertad de comercializar sus productos, a los que en definitiva se refieren los derechos de expresión invocados, e incluso pueden llevar a cabo publicidad en los establecimientos de venta, si las normas nacionales lo autorizan.

199 — En la sentencia Aragonesea, citada en la nota 192 *supra*, apartado 18, en el contexto de su análisis de la proporcionalidad de un obstáculo a la libre circulación de mercancías, el Tribunal de Justicia atribuyó cierta importancia al hecho de que las restricciones controvertidas a la publicidad de bebidas alcohólicas no eran absolutas.

167. El hecho de que la Directiva sobre publicidad prohíba la promoción de productos que son lícitamente comercializados en la Comunidad no es decisivo, si bien tampoco es irrelevante. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló en el asunto *Open Door Counselling/Irlanda* que las normas nacionales controvertidas debían ser objeto de «cuidadoso examen», puesto que la información prohibida en ese asunto se refería a una actividad que era lícita en el lugar en que se realizaba,²⁰⁰ lo que implica que la restricción de la información facilitada acerca de actividades lícitas puede estar justificada en algunas circunstancias. Propongo que el Tribunal de Justicia tome en consideración los problemas de ejecución efectiva y de otro tipo que pueden acompañar a la prohibición completa de una conducta adictiva como la del consumo de tabaco²⁰¹ (así como la restricción de la libertad individual de los fumadores que originaría). La licitud de una actividad (y la inviabilidad de su prohibición) no implican pues que ésta no produzca efectos dañosos, que el legislador puede intentar controlar en razón del interés público. Más aún, el exigir que una actividad en sí misma sea prohibida, con el fin de poder restringir su promoción, no es necesariamente coherente con el requisito de que sean utilizados los medios menos restrictivos para conseguir objetivos legítimos.

168. No puedo considerar que el asunto *Open Door*, cuya relevancia fue debatida con tanta vehemencia en la vista oral, en

parte porque supuestamente se refería a una restricción total desproporcionada de la libre expresión, sea un precedente útil para los presentes asuntos.

169. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos acogió el argumento del Gobierno irlandés según el cual «la restricción (derivada de un mandamiento de la *Supreme Court*) [...] perseguía la legítima finalidad de la protección de la moralidad, de la cual es un aspecto la protección en Irlanda del derecho a la vida de los no nacidos».²⁰² No obstante, dicho Tribunal consideró que sólo tenía carácter absoluto la restricción específica impuesta a los demandantes en dicho asunto por un mandamiento judicial. Añadió, ciertamente, que la información sobre servicios extranjeros para abortar podía obtenerse de diversas otras fuentes.²⁰³

170. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al valorar la necesidad y, por tanto, la proporcionalidad de esa restricción en particular, ponderó la protección de la salud de la mujer, una consideración obviamente relevante en este contexto, pero que dificulta la sencilla ponderación de intereses entre la libertad de expresión y una necesidad social específica imperativa.

171. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dio especial importancia a su

200 — Sentencia de 29 de octubre de 1992, serie A, nº 246 (en lo sucesivo «*Open Door*»), apartado 72.

201 — Véase por ejemplo el pronunciamiento del Juez Sr. La Forest de la *Supreme Court of Canada* en el asunto *RJR Mac Donald Inc/Canada (Attorney General)* 1995, SCR 199, apartado 34.

202 — Sentencia *Open Door*, citado en la nota 200 *supra*, apartado 63.

203 — Apartados 70 a 75.

criterio, según el cual, dado que había mujeres que decidieron no abortar siguiendo el asesoramiento no prescriptivo discutido en ese asunto, «el vínculo entre la prestación de información y la destrucción de la vida del no nacido (no era) tan manifiesto como se había alegado». Al mismo tiempo, «el mandamiento judicial había sido en gran medida ineficaz [...]», habida cuenta de que numerosas mujeres irlandesas continuaban abortando en Gran Bretaña.

172. El Tribunal de Derechos Humanos decidió efectivamente, por mayoría, el problema de la proporcionalidad mediante referencia a su propio criterio acerca de los valores conflictivos de la salud de la mujer (relacionado con el derecho a recibir información), de la libertad de expresión y de la protección de la vida del no nacido. Aparentemente, no concedió importancia alguna a lo que implícitamente reconoció que era una protección *parcialmente eficaz* del último valor citado. Si este análisis fuera literalmente aplicado a los hechos de los presentes asuntos, sería difícil aducir que el objetivo de una supuesta reducción de sólo el 6,9 % en el consumo de tabaco podría justificar una prohibición de amplio alcance de la publicidad de los productos del tabaco, a pesar de la importante reducción del número global de fumadores (y la probable de las muertes y enfermedades vinculadas al tabaco) que conseguiría.

173. En el asunto Grogan, ciertamente, al examinar un problema en esencia igual, en el contexto del Derecho Comunitario, pero también a la luz del artículo 10 del Conve-

nio, el Abogado General Sr. van Gerven estimó que la restricción era proporcionada.²⁰⁴

174. En cualquier caso, no creo posible aislar el asunto Open Door de su contexto extremadamente difícil y sensible, ni deducir de él conclusión definitiva alguna para los presentes asuntos. En el asunto Open Door se discutía el hecho de que se facilitara información no prescriptiva, antes que la promoción comercial del aborto;²⁰⁵ en los presentes asuntos, se aborda la restricción de medios directos e indirectos *de promoción*²⁰⁶ y no hay indicación alguna de que se vaya a restringir la información no promocional sobre productos lícitos.²⁰⁷

175. Mi conclusión pues es que la Directiva sobre publicidad no constituye una restricción desproporcionada de la libertad de expresión en la medida en que impone una

204 — Citado en la nota 170, puntos 32 a 38 de sus conclusiones. El Tribunal de Justicia no examinó esta cuestión en su sentencia. Véase también el voto particular del Juez Sr. Baka en el asunto Open Door, citado en la nota 200 *supra*.

205 — *Ibid.*, apartado 75. Por esta razón, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no consideró, en apariencia, que el asunto estuviera relacionado con la expresión comercial.

206 — Véanse las definiciones de publicidad y de patrocinio en el artículo 2, los apartados 2 y 3 de la Directiva sobre publicidad.

207 — Por esta razón, *inter alia*, no trato aquí acerca del problema de la libertad de *recibir* información, que podría presentarse si un cliente actual o potencial solicitara a un productor o distribuidor de tabaco información sobre sus productos. La probabilidad de que un consumidor esté interesado en recibir medios *de promoción* parece más remota.

prohibición de amplio alcance de la publicidad de los productos del tabaco.²⁰⁸

176. Sin embargo, no mantengo el mismo criterio acerca de la prohibición de la publicidad de los productos diversificados. No es en modo alguno evidente per se que la publicidad de productos distintos del tabaco y de servicios que portan marcas u otros signos distintivos vinculados a productos del tabaco tenga algún efecto sobre el consumo de estos últimos, *considerados en su conjunto*.²⁰⁹ El legislador comunitario no ha presentado ninguna prueba que demuestre la existencia de tal vínculo. En estas circunstancias, mi conclusión es que el legislador no ha conseguido demostrar que tuviera motivos razonables para establecer las restricciones de dicha publicidad en artículo 3, apartado 3, letra b), de la Directiva y que esta disposición debe ser anulada. No deja de estar viciada por la posibilidad de que su alcance sea limitado en la práctica por los Estados miembros que ejerciten la facultad prevista en el artículo 3, apartado 2 de la Directiva. De modo parecido, no se ha presentado argumento ni prueba alguna que expliquen por qué el artículo 3, apartado 3, letra a), prohíbe que los productos del tabaco lleven marcas u otros signos distintivos que ya estén vinculados a otras mercancías o servicios. En la medida en que la aplicación de tal marca o signo a un producto constituye también el ejercicio de la libertad de expresión comercial, mi conclusión

es que no se ha demostrado que el artículo 3, apartado 3, letra a), de la Directiva sobre publicidad sea una restricción justificada de aquella libertad y debe anularse. A mi juicio, ambas partes del artículo 3, apartado 3, de la Directiva son separables, con arreglo a los criterios expuestos en los puntos 122 a 126 precedentes.

vii) *Motivación inadecuada*

177. El Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que la obligación de motivación en virtud del artículo 190 del Tratado exige que las medidas de que se trate contengan una manifestación de las razones que motivaron su adopción por las instituciones competentes, de modo que el Tribunal de Justicia pueda ejercer su competencia de control y que los Estados miembros y los particulares afectados puedan conocer las circunstancias en las que las instituciones de la Comunidad han aplicado el Tratado.²¹⁰ Al mismo tiempo, el grado de detalle requerido puede variar según la naturaleza del acto de que se trate. En el supuesto de una medida de aplicación general, la exposición de motivos puede limitarse a indicar la situación general que motivó su adopción, por una parte, y los objetivos generales que pretende conseguir, por otra. No es necesario que se expongan los diversos hechos que el legislador tuvo en cuenta, que son, con frecuencia, numerosos y complejos, ni que la medida contenga una valoración más o menos completa de dichos hechos.²¹¹

208 — No está claro si el informe del NBER incluye el patrocinio bajo el concepto general de publicidad a los fines de su cálculo de los efectos probables de la propuesta de Directiva. A falta de debate sobre ello ante el Tribunal de Justicia y puesto que estoy examinando la libertad de expresión solamente con carácter subsidiario respecto a mi principal propuesta de anulación de la Directiva en su totalidad, no examinaré la prohibición de patrocinio en esta parte de mis conclusiones.

209 — No entro en la cuestión de si tal publicidad refuerza algunas marcas de tabaco frente a otras.

210 — Sentencia Francia/Comisión, citada en la nota 134 *supra*, apartado 34.

211 — Sentencia de 30 de noviembre de 1978, *Welding/Hauptzollamt Hamburg-Walsterhof* (87/78, Rec. p. 2457, apartado 11).

178. Como debe poner de manifiesto mi análisis del problema de la competencia, la exposición de motivos de la Directiva sobre publicidad es suficiente, a mi juicio, para hacer posible el control jurisdiccional por parte del Tribunal de Justicia. La tesis básica del legislador comunitario relativa al mercado interior se manifiesta con claridad en los considerandos primero y segundo, y su adecuación en cuanto manifestación de motivos no es enervada por la falta de aptitud de la Directiva para conseguir los objetivos pretendidos. No era necesario que el legislador incluyera información precisa acerca de los estudios sobre los efectos de la publicidad en el consumo de tabaco, ni sobre el volumen relativo de intercambios transfronterizos de servicios y medios publicitarios. Propongo que la Directiva sea anulada en su totalidad en razón de su motivación inadecuada sólo en el supuesto de que el Tribunal de Justicia declare que la Comunidad era competente para adoptarla en relación con sus efectos sobre el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior en sectores económicos que no se mencionan en parte alguna de la exposición de motivos, como son los de los productores y distribuidores de tabaco o de la publicidad en general. A mi parecer, no es admisible permitir que el legislador anuncie beneficios para el mercado interior que previamente no mencionó, en circunstancias en las que es dudoso que logre los objetivos inicialmente invocados.

179. Propongo no obstante que se anule artículo 3, apartado 3, letra a), de la Direc-

tiva en razón de su inadecuada motivación. Ningún motivo se alega en apoyo de esta excepcional disposición sobre la utilización para los productos del tabaco de marcas u otros signos distintivos propios de otras mercancías o servicios y, como señalé en el punto 116 precedente, esa disposición no tiene, en apariencia, conexión alguna con el objetivo declarado por la Directiva de realizar el mercado interior de los servicios y mercancías vinculados con la publicidad y el patrocinio de los productos del tabaco.

VI. Costas

180. En virtud del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, debe condenarse al Consejo y al Parlamento al pago de las costas de la República Federal de Alemania en el asunto C-376/98. Dado que el procedimiento en el asunto C-74/99 tiene, para las partes en el proceso principal ante el órgano jurisdiccional nacional, el carácter de un incidente de dicho proceso, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por la Comisión o por los otros Estados miembros coadyuvantes o que presentaron observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso en ninguno de los asuntos. No formulo propuesta acerca de las costas en el supuesto de que el Tribunal de Justicia acoja alguna de mis conclusiones subsidiarias de anulación parcial o no acoja ninguna de ellas.

VII. Conclusión

181. En virtud de lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que:

- Anule la Directiva 98/43/CE del Parlamento y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y patrocinio de los productos del tabaco, por carecer la Comunidad de competencia para adoptarla en virtud de las bases jurídicas en ella invocadas.

En el supuesto de que el Tribunal de Justicia no acogiera mi conclusión principal, propongo con carácter subsidiario que:

- Anule la Directiva 98/43 por haberse infringido el principio general de proporcionalidad, el artículo 30 del Tratado CE (actualmente artículo 28 CE, tras su modificación), el derecho de propiedad y el derecho al ejercicio de una actividad empresarial o profesional.

En ambos casos, propongo también al Tribunal de Justicia que:

- Condene al Parlamento Europeo y al Consejo de la Unión Europea al pago de las costas de la República Federal de Alemania en el asunto C-376/98.

Con carácter subsidiario de segundo grado, propongo al Tribunal de Justicia que:

- Anule el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 98/43 en razón de la vulneración de la libertad de expresión, y/o
- Anule el artículo 3, apartado 3, letra a), de la Directiva 98/43 en razón de la falta de motivación.