

**PROHIBICIONES DE LA PUBLICIDAD DEL TABACO:  
IMPACTO DE LA ARMONIZACIÓN  
EUROPEA E INTERNACIONAL**

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO \*

Publicado en:

*La Ley* (Revista jurídica española  
de doctrina, jurisprudencia y bibliografía),  
2007, núm. 1, pp. 1811-1824

ISSN: 0211-2744

\* Catedrático de Derecho internacional privado  
Facultad de Derecho  
Universidad Complutense de Madrid  
E- 28040 MADRID  
pdmigue@der.ucm.es

*Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense*  
<http://www.ucm.es/eprints>

## ABSTRACT

Community harmonization of restrictions on tobacco advertising, established now in Directive 2003/33/EC, has been especially controversial. After considering the ECJ decisions on this issue, special attention is paid to the significance of the internal market as foundation of those advertising restrictions and the implications of freedom of expression that covers commercial communications. The advertising restrictions of the WHO framework convention on tobacco advertising and the laws implementing the 2003 Directive in Spanish law are also discussed in detail focussing on the issues raised by their application to cross-border activities.

Keywords: Advertising, Tobacco, Prohibition, EC Harmonization, WHO Convention

## RESUMEN

La fijación a escala comunitaria de prohibiciones comunes a la publicidad del tabaco, mediante la Directiva 2003/33/CE, ha resultado especialmente controvertida. Junto al análisis de las varias decisiones del TJCE en la materia, es objeto de valoración el significado y alcance del mercado interior como fundamento de la imposición de prohibiciones publicitarias, así como los condicionantes derivados de la libertad de expresión como derecho fundamental que tutela las comunicaciones comerciales. Especial atención reciben las normas sobre publicidad del Convenio marco de la OMS para el control del tabaco y la legislación que traspone la Directiva de 2003 al Derecho español, valorando su aplicación a las actividades transfronterizas.

Palabras claves: Publicidad, tabaco, prohibición, armonización comunitaria, Convenio OMS

## **PROHIBICIONES DE LA PUBLICIDAD DEL TABACO: IMPACTO DE LA ARMONIZACIÓN EUROPEA E INTERNACIONAL**

SUMARIO: I. LA CONTROVERTIDA ARMONIZACIÓN COMUNITARIA SOBRE COMERCIALIZACIÓN DE LOS PRODUCTOS DEL TABACO. II. EL MERCADO INTERIOR COMO FUNDAMENTO DE LA ARMONIZACIÓN Y SUS LÍMITES. II.1. Disparidad normativa y obstaculización de los intercambios. II.2 Publicidad transfronteriza: medios de difusión. II.3. Alcance de las prohibiciones de la Directiva 2003/33/CE. II.4. Restricciones nacionales y evolución del ordenamiento comunitario. III. LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EUROPA Y PROTECCIÓN DE LA PUBLICIDAD. IV. CONTEXTO INTERNACIONAL. IV.1 Convenio marco de la OMS para el control del tabaco. IV.2. Interacción con la armonización comunitaria. V. EVOLUCIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL: EL CAPÍTULO III DE LA LEY 28/2005. V.1. Comparación con la Directiva 2003/33/CE. V.2. Tratamiento de la publicidad transfronteriza.

### **I. LA CONTROVERTIDA ARMONIZACIÓN COMUNITARIA SOBRE COMERCIALIZACIÓN DE LOS PRODUCTOS DEL TABACO**

1. La STJCE de 12 de diciembre de 2006 en el asunto C-380/03, Alemania c. Parlamento y Consejo, constituye el paso más reciente en el largo y especialmente conflictivo proceso de armonización de las normas sobre publicidad, patrocinio, presentación y venta de los productos del tabaco en el seno de la UE. Ese proceso se inició ya en 1989 en el marco de la normativa reguladora de la televisión, con la prohibición de la publicidad televisiva del tabaco<sup>1</sup>. La armonización ha continuado mediante la adopción de varias directivas dedicadas de manera específica a la comercialización de los productos del tabaco, que han resultado especialmente polémicas, pues la validez de todas estas directivas ha sido impugnada –en alguna ocasión con éxito– o cuestionada ante el TJCE.

En concreto, la Directiva 98/43/CE, de 6 de julio de 1998, en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco<sup>2</sup> fue anulada por la STJCE de 5 de enero de 2000, en el asunto C-376/98,

---

<sup>1</sup> Art. 13 Directiva 89/552/CEE, de 3 de octubre de 1989, sobre el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (Directiva Televisión sin fronteras) (DO 1989 L. 298/23), modificada por la Directiva 97/36/CE, de 30 de junio de 1997 (DO 1997 L 202/60).

<sup>2</sup> DO 1998 L 213/9.

Alemania c. Parlamento y Consejo<sup>3</sup>. Por su parte, la validez de la Directiva 2001/37/CE, de 5 de junio de 2001, en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco<sup>4</sup>, fue afirmada por la STJCE de 10 de diciembre de 2002, as. C-491/01, *British American Tobacco*. Por último, la mencionada STJCE de 12 de diciembre de 2006 desestima el recurso de anulación presentado por Alemania contra los artículos 3 y 4 de la Directiva 2003/33/CE, de 26 de mayo de 2003, sobre publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco<sup>5</sup>, adoptada para ocupar el lugar de la anulada Directiva 98/43/CE.

2. La Directiva 98/43/CE complementó la prohibición de la publicidad televisiva de los productos del tabaco establecida en la Directiva 89/552/CEE imponiendo con carácter general en la Comunidad la prohibición de “toda clase de publicidad o patrocinio del tabaco” (art. 3.1). Al margen de esa prohibición quedaban únicamente “las comunicaciones destinadas exclusivamente a los profesionales que intervienen en el comercio del tabaco”; la presentación de los productos del tabaco y los carteles indicadores de sus precios en los puntos de venta; la publicidad destinada al comprador en los emplazamientos destinados a la venta de productos del tabaco; y la publicidad contenida en publicaciones editadas e impresas en países terceros que no estuvieran destinadas principalmente al mercado comunitario (art. 3.5 Directiva 98/43/CE). Además, el artículo 5 de esta Directiva atribuía a los Estados miembros la posibilidad de establecer requisitos más estrictos con respecto a la publicidad o al patrocinio de productos del tabaco si los consideraban necesarios para proteger la salud.

Esta Directiva fue anulada en su totalidad por la mencionada STJCE de 5 de enero de 2000 debido a que el TJCE consideró que la elección de los artículos 100 A, 57.2, y 66 TCEE (actuales arts. 95, 47.2 y 55 TCE) como base jurídica era errónea, sin que fuera preciso para el TJCE entrar a valorar el resto de los motivos de nulidad alegados, entre los que se incluían la violación de los principios de proporcionalidad y de subsidiariedad, así como la vulneración de derechos fundamentales. El TJCE consideró que la base jurídica elegida Directiva 98/43/CE era inadecuada al entender que la prohibición de la Directiva no podía basarse en la necesidad de eliminar obstáculos a la libre circulación de los soportes

---

<sup>3</sup> Además del recurso de anulación interpuesto por Alemania, un tribunal del Reino Unido había planteado al TJCE una cuestión prejudicial sobre la validez de la Directiva 98/43/CE, por lo que al haber sido ésta íntegramente anulada en el marco del recurso de anulación del asunto C-376/98, el TJCE decidió también el 5 de enero de 2000 que no procedía responder a esa cuestión prejudicial (STJCE de 5 de enero de 2000, asunto C-74/99, *Imperial Tobacco*).

<sup>4</sup> DO 2001 L 194/26.

<sup>5</sup> DO 2003 L 152/16.

publicitarios y a la libre prestación de servicios ni en el objetivo de suprimir las distorsiones de la competencia<sup>6</sup>. Con respecto a éstas, el TJCE puso de relieve que en el sector de la publicidad las ventajas que las agencias de publicidad y los fabricantes de soportes publicitarios obtienen por estar establecidos en los Estados miembros con normas publicitarias menos restrictivas tienen únicamente efectos remotos e indirectos por lo que no constituyen distorsiones de la competencia sensibles que pudieran justificar una prohibición general de la publicidad con base en el artículo 100 A (actual art. 95 TCE). En lo que atañe a las posibles distorsiones de la competencia sobre el sector de los productos del tabaco, el TJCE consideró que la presencia de legislaciones con prohibiciones publicitarias más estrictas sólo implica una restricción de los modos de competir –que la Directiva pretendía generalizar- y no una distorsión de la competencia. Esta decisión del TJCE resultó muy significativa como reflejo de una tendencia a incrementar el control judicial de la valoración del legislador comunitario acerca de la necesidad de una medida para hacer posible el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, pues la jurisprudencia anterior típicamente había reafirmado la validez de las medidas impugnadas<sup>7</sup>.

El carácter general de la prohibición de la publicidad que contemplaba la Directiva 98/43/CE resultó un elemento determinante de su anulación total, pues el TJCE expresamente admitió que el artículo 100 A TCEE (actual art. 95 TCE) podía ser la base jurídica adecuada para la adopción de una Directiva que prohibiera determinadas clases de publicidad y de patrocinio del tabaco (apartado 117). Clave para la anulación de la directiva, debido a la insuficiencia como base jurídica de la competencia para adoptar medidas de armonización que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, fue la apreciación por parte del TJCE de que la prohibición general del artículo 3.1 incluía ciertas clases de publicidad de los productos del tabaco –como la realizada en carteles, parasoles, ceniceros y otros objetos utilizados en hoteles, restaurantes y cafés, así como la prohibición de anuncios publicitarios en el cine- cuya prohibición no podía considerarse justificada por la necesidad de eliminar obstáculos a la libre circulación de los soportes publicitarios o a la libre prestación de servicios en el ámbito de la publicidad, ya que no cabe considerar que contribuyen en absoluto a eliminar obstáculos a la libre circulación de los soportes publicitarios o a la libre prestación de servicios en el ámbito de la publicidad<sup>8</sup>. Además, el TJCE destacó que la Directiva no garantizaba la libre circulación de los

---

<sup>6</sup> Vid. apartados 109-114 STJCE de 5 de enero de 2000, as. C-376/98.

<sup>7</sup> Cf. G.G. Howells, “Federalism in USA and EC – The Scope for Harmonised Legislative Activity Compared”, *European Review of Private Law*, vol. 5, 2002, pp. 601-622, pp. 614-615.

<sup>8</sup> Vid. especialmente apartados 99 y 100 STJCE de 5 de enero de 2000, as. C-376/98.

productos que se ajustaran a sus disposiciones, pues permitía a los Estados miembros establecer requisitos más estrictos y no preveía la libre circulación en toda la Comunidad de los productos que se ajustaran a lo dispuesto en la Directiva.

3. La Directiva 2001/37/CE, de 5 de junio de 2001, llevó a cabo la armonización de las normas en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco, refundiendo y completando las Directivas 89/622 y 90/239, a las que sustituyó. En concreto, estableció nuevos límites más restrictivos al contenido máximo de alquitrán, monóxido de carbono y nicotina de los cigarrillos (que son aplicables incluso a los cigarrillos producidos en la CE pero exportados fuera de ésta); reglas sobre métodos de medición de esos contenidos; y normas acerca del etiquetado de los productos del tabaco, como la presentación de los contenidos de ciertas sustancias, las advertencias que deben llevar y la prohibición de usar signos –como light, ligero o suave– que den la impresión de que un producto del tabaco es menos nocivo que otro. El artículo 13 Directiva 2001/37/CE prevé que los Estados miembros no podrán por razones relativas a las cuestiones armonizadas restringir la importación, la venta o el consumo de los productos del tabaco que se ajusten a la Directiva; pero permite que los Estados miembros adopten para proteger la salud pública normas más estrictas sobre la fabricación, la importación, la venta o el consumo de los productos del tabaco, siempre que no vayan en perjuicio de las establecidas en la Directiva.

En línea con lo sucedido respecto a la Directiva 98/43/CE, también tuvo el TJCE que pronunciarse acerca de si la Directiva 2001/37/CE era inválida, entre otros motivos, por carecer de una base jurídica apropiada, pues estaba basada en los artículos 95 CE y 133 TCE. En concreto esa cuestión fue suscitada por un tribunal del Reino Unido que planteó dos cuestiones prejudiciales con respecto a esta Directiva, que fueron resueltas mediante la STJCE de 10 de diciembre de 2002, C-491/01, *British American Tobacco*. En este caso el TJCE puso de relieve que la Directiva podía adoptarse al amparo del artículo 95 CE, que constituía una base jurídica apropiada (incluso para la prohibición relativa a la fabricación en la CE de cigarrillos para su exportación a terceros Estados si no cumplen los requisitos que fija), pues las disposiciones de la Directiva tenían efectivamente por objeto la mejora de las condiciones de funcionamiento del mercado interior (apartado 74). De hecho, el TJCE concluyó que el artículo 95 TCE constituye la única base jurídica adecuada de la Directiva, de modo que la mención en la Directiva también el artículo 133 CE como base jurídica es errónea, si bien considera que este vicio es meramente formal y no determina la invalidez de la Directiva (apartados 98 y 99). El TJCE estableció que la Directiva no era inválida por vulnerar el principio

de proporcionalidad, destacando que debía reconocerse al legislador comunitario una amplia facultad discrecional en una materia que requiere la toma de decisiones de naturaleza política, económica y social, y realizar apreciaciones complejas (apartado 123). Asimismo, afirmó que la Directiva era respetuosa con el principio de subsidiariedad, pues el objetivo de eliminar las trabas derivadas de las disparidades existentes entre las disposiciones de los Estados miembros en la materia requiere una acción a nivel comunitario (apartado 182) y las medidas adoptadas no exceden de lo necesario para alcanzar ese objetivo.

4. La Directiva 2003/33/CE se elaboró con el objetivo de regular la publicidad y el patrocinio de los productos del tabaco en medios de comunicación distintos de la televisión, al igual que había ocurrido con la anulada Directiva 98/43/CE, cuya denominación reprodujo. Como importante coincidencia adicional destaca que, pese a que la causa de la anulación de la Directiva 98/43/CE en la STJCE de 5 de octubre de 2000 fue su incorrecta base jurídica, la adopción de la Directiva 2000/33/CE se produjo exactamente con la misma base jurídica, es decir, los artículos 95, 47.2 y 55 TCE. Ahora bien, a diferencia de la Directiva de 1998, la Directiva 2003/33/CE no se limita a incorporar con carácter general una prohibición de la publicidad y patrocinio del tabaco.

La nueva Directiva establece amplísimas prohibiciones pero diferenciadas en función de los medios de comunicación. Su artículo 3 va referido, en primer lugar, a la publicidad en los medios de comunicación impresos, que sólo se permite en las publicaciones destinadas exclusivamente a los profesionales del comercio del tabaco y en las impresas y editadas en terceros países cuando no estén destinadas principalmente al mercado comunitario. La misma prohibición con iguales límites impone el artículo 3 con respecto a los servicios de la sociedad de la información. Por su parte, el artículo 4 prohíbe toda forma de publicidad de productos del tabaco en la radio, al tiempo que prohíbe que los programas de radio estén patrocinados por empresas cuya actividad principal sea la fabricación o venta de productos del tabaco. El artículo 5 prohíbe el patrocinio de actividades en las que participen varios Estados miembros, se celebren en varios Estados miembros o tengan efectos transfronterizos. A diferencia de la Directiva de 1988, el artículo 8 Directiva 2003/33/CE incorpora una regla que garantiza la libre circulación de productos y servicios que sean conformes con la Directiva, al prever que los Estados miembros no podrán prohibir o restringir su libre circulación.

Al igual que había sucedido con la Directiva de 1998, Alemania solicitó al TJCE la anulación de la Directiva 2003/33/CE, si bien en este caso no pretendía la anulación total de la misma sino únicamente de sus

artículos 3 y 4, que recogen el grueso de las prohibiciones a la publicidad de los productos del tabaco que incorpora la Directiva. La impugnación del empleo del artículo 95 TCE como base jurídica se justificaba por entender que las prohibiciones de los artículos 3 y 4 –que la recurrente consideraba que afectaban básicamente a situaciones meramente locales o regionales y no transfronterizas- no contribuye efectivamente a la eliminación de los obstáculos a la libre circulación de mercancías o a la libre prestación de servicios, ni tampoco a la supresión de distorsiones sensibles de la competencia. Como motivo adicional, Alemania entendía que al adoptarse la Directiva se había infringido el principio de proporcionalidad, destacando, entre otras circunstancias, que al fijar el alcance de las prohibiciones a la publicidad no se había valorado adecuadamente su grave impacto sobre el derecho fundamental a la libertad de expresión. Este recurso de anulación ha sido resuelto por el TJCE en su sentencia de 12 de diciembre de 2006, que lo desestima, afirmando la validez de los artículos 3 y 4 Directiva 2003/33/CE.

5. En este marco, la jurisprudencia del TJCE relativa a la armonización sobre comercialización de los productos del tabaco resulta clave para valorar el estado actual y las perspectivas de futuro de cuestiones de gran trascendencia en el desarrollo del proceso de integración comunitario y en la regulación de ciertos aspectos de la actividad comercial. Entre esas cuestiones destaca la precisión del alcance del mercado interior como fundamento de la armonización y, en particular, los presupuestos y el significado del artículo 95 TCE como fundamento de la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, así como su impacto sobre actividades que en gran medida tienen una dimensión local o nacional y no transfronteriza. Resulta también preciso valorar el alcance de las libertades comunitarias como límite a la aplicación de restricciones a ciertas prácticas comerciales previstas en las legislaciones nacionales, en la medida en que puede operar como complemento o alternativa a la adopción de directivas de armonización.

El alcance preciso de las prohibiciones contenidas en la Directiva 2003/33/CE que debe relacionarse en España con las reglas de transposición, contenidas en el Capítulo III Ley 28/2005<sup>9</sup>, que deben ser interpretadas de conformidad con la Directiva. Además, en la configuración de las prohibiciones publicitarias de los productos del tabaco constituyen en la actualidad un importante factor las reglas sobre el

---

<sup>9</sup> Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco (*BOE* núm. 309, de 27.12.05).



particular establecidas en el Convenio marco de la OMS para el control del tabaco de 21 de mayo de 2003<sup>10</sup>. Asimismo, entre los aspectos suscitados en la STJCE de 12 de diciembre de 2006 se encuentra el impacto del derecho fundamental a la libertad de expresión como límite a las prohibiciones publicitarias, cuestión sobre la que la jurisprudencia reciente del TEDH contiene aportaciones muy significativas.

## II. EL MERCADO INTERIOR COMO FUNDAMENTO DE LA ARMONIZACIÓN Y SUS LÍMITES

### II.1. Disparidad normativa y obstaculización de los intercambios

6. Las restricciones en materia de publicidad y comercialización de los productos del tabaco tienen como principal objetivo la protección de la salud. Sin embargo, al cuestionar la competencia comunitaria para aproximar las legislaciones de los Estados miembros sobre publicidad y patrocinio del tabaco mediante la Directiva 2003/33/CE, no ha resultado especialmente controvertido el potencial impacto del artículo 152.4.d) TCE, que entre las medidas de fomento destinadas a proteger la salud humana que pueden adoptar las instituciones comunitarias excluye expresamente cualquier armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

Ello se debe a que ya en relación con la Directiva 98/43/CE, pese a anularla, el TJCE había puesto de relieve, en relación con el antiguo artículo 129 TCEE (actual art. 152 TCE) que esta disposición no impide que medidas de armonización adoptadas sobre la base de otras disposiciones del TCE puedan tener una incidencia sobre la protección de la salud, siempre que el recurso a esas otras bases jurídicas no sea utilizado para eludir la exclusión expresa contenida en el artículo 152.4.d) TCE<sup>11</sup>. Asimismo, con respecto a la Directiva 2001/37/CE, el TJCE había establecido ya que el hecho de que la protección de la salud pública sea determinante de una medida de armonización no impide su adopción por las instituciones comunitarias si se cumplen los requisitos que justifican el recurso al artículo 95 TCE para adoptar medidas que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. Además el artículo 95 TCE exige en su apartado 3 la garantía de un nivel de protección elevado de la salud al adoptar las medidas de armonización que prevé<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Instrumento de ratificación de España en *BOE* núm. 35, de 10.02.05.

<sup>11</sup> STJCE de 5 de enero de 2000, as. C-376/98, apartados 76-79.

<sup>12</sup> STJCE de 10 de diciembre de 2002, as. C-491/01, *British American Tobacco*, apartado

7. En relación con la Directiva 2003/33/CE, la STJCE de 12 de diciembre de 2006 se limita a reproducir esos criterios, concluyendo en consecuencia que, pese al impacto de las medidas de armonización sobre la salud pública, la clave es determinar cuándo concurren los requisitos para emplear el artículo 95 TCE como base jurídica para la armonización que tiene por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior<sup>13</sup>. La adopción de medidas con base en el artículo 95 TCE tiene lugar con arreglo al procedimiento de codecisión, mientras que la aproximación de legislaciones con base en el artículo 94 requiere la unanimidad del Consejo, por lo que la concreción de esos requisitos tiene una gran trascendencia para determinar el alcance de la atribución de competencias a las instituciones comunitarias y las posibilidades de éstas para adaptar normas de armonización respecto de amplios sectores del ordenamiento jurídico<sup>14</sup>.

El carácter funcional o finalista de la atribución de competencias relativas al mercado interior determina que la posibilidad de adoptar medidas de aproximación de legislaciones se delimite en atención a los objetivos perseguidos. La imprecisión de las competencias comunitarias es especialmente intensa en el caso de las competencias finalistas de carácter transversal, que no se hallan circunscritas a un ámbito material acotado<sup>15</sup>. Entre las competencias finalistas de carácter transversal ocupan un lugar especialmente destacado las relativas a la aproximación de legislaciones en el mercado interior. Además, como el artículo 95 TCE no atribuye al legislador comunitario competencia exclusiva para regular las actividades económicas en el mercado interior, resulta de aplicación en este ámbito el principio de subsidiariedad. En todo caso, si bien el principio de subsidiariedad sí puede influir sobre la concreción de los objetivos del mercado interior, el carácter funcional y finalista de esa competencia reduce el impacto del principio de subsidiariedad en lo relativo a la determinación de las medidas que son necesarias para la consecución de los objetivos, en concreto con respecto a las directivas de armonización. Por ello, en la valoración de las medidas tendentes al logro de los objetivos del mercado interior, reviste más importancia el principio de proporcionalidad, que de acuerdo con el párrafo 3 del artículo 5 TCE, controla que ninguna acción de la Comunidad exceda de lo necesario para el logro de ese objetivo<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> *Vid.* apartados 39-40 y 92-98, con ulteriores referencias jurisprudenciales.

<sup>14</sup> *Vid.*, v. gr., W. Van Gerven, “Harmonization of Private Law: Do We Need It”, *CMLRev.*, vol. 41, 2004, pp. 505-532, pp. 505-507.

<sup>15</sup> *Cf.* A. Von Bogdandy y J. Bast, “El orden competencial vertical de la Unión Europea: Contenido y perspectivas de reforma”, E. García de Enterría (dir), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 19-67, p. 33.

<sup>16</sup> *Cf.* P.C. Müller-Graff, “Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip?”, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, vol. 159, 1995, pp. 34-77, pp. 71-72.

Ciertamente, como ha afirmado el TJCE, la Comunidad carece de una competencia legislativa general para regular el mercado interior, pues ello resultaría incompatible con el principio de atribución de competencias del artículo 5 TCE y lo dispuesto en el artículo 95 TCE, que expresamente limita su aplicación a los supuestos en los que resulte preciso para la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 14 TCE con respecto al establecimiento progresivo del mercado interior, que un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada<sup>17</sup>. De ahí la importancia de la jurisprudencia del TJCE sobre los presupuestos necesarios para el recurso al artículo 95 TCE como base jurídica.

8. El alcance limitado de la competencia fundada en el artículo 95 TCE para la adopción de medidas relativas al establecimiento y el funcionamiento del mercado interior fue puesto de relieve de manera muy especial por la STJCE de 5 de octubre de 2000 que anuló la Directiva 98/43/CE. Conforme a esta decisión, la mera disparidad entre las legislaciones nacionales y un riesgo abstracto de aparición de obstáculos a las libertades comunitarias y al mercado interior no es suficiente para justificar el recurso al artículo 95 TCE, que sólo habilita la adopción de medidas frente a situaciones que impliquen obstáculos concretos y significativos, de manera que la clave es que las disparidades entre las legislaciones de los Estados miembros puedan obstaculizar el ejercicio de las libertades fundamentales y afectar directamente al funcionamiento del mercado interior, dando lugar a la existencia de obstáculos a los intercambios o generando distorsiones a la competencia. Sobre este particular, la STJCE de 12 de diciembre de 2006<sup>18</sup> reitera básicamente los criterios ya establecidos, entre otras, en las sentencias mencionadas de 5 de enero de 2000 y 10 de diciembre de 2002.

Con respecto a la existencia de disparidades normativas como presupuesto necesario –aunque no suficiente por sí solo– para la adopción de medidas de aproximación con base en el artículo 95 TCE, la sentencia de 12 de diciembre de 2006, además de confirmar que también resulta legítimo el recurso a esa base jurídica para adoptar medidas que tengan por objeto la aparición de obstáculos futuros a los intercambios cuando los Estados estén en trámite de adoptar disposiciones dispares, constata, como ya había hecho la STJCE de 5 de enero de 2000, la existencia de disparidades entre las legislaciones nacionales en materia de publicidad de los productos del tabaco, cuyo potencial impacto obstaculizador de los

---

<sup>17</sup> Vid. P.A. De Miguel Asensio, “Diversidad jurídica y unidad de mercado: el sistema federal de Estados Unidos y la Unión Europea”, *Revista mexicana de Derecho internacional privado y comparado*, núm. 20, 2006, pp. 41-69, pp. 50-59.

<sup>18</sup> Apartados 37 y 38, con ulteriores referencias.

intercambios se veía reforzado por la apreciable tendencia de los Estados a establecer restricciones cada vez más estrictas. En todo caso, como demostró la anulación de la Directiva 98/43/CE esa circunstancia por sí sola no legitima el empleo con carácter general del artículo 95 TCE para la adopción de determinadas medidas, pues es preciso que concurren ciertos requisitos adicionales relativos al impacto de esas disparidades en el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.

9. Al considerar que el pluralismo normativo es presupuesto para la adopción de normas de armonización en el ámbito del mercado interior, constituye un elemento muy relevante la constatación del TJCE en el sentido de que las recientes ampliaciones de la UE incrementan el riesgo de que se acentúen las disparidades legislativas. Más allá del concreto sector de la comercialización de los productos del tabaco, es indudable que la ampliación hasta los veintisiete Estados miembros que en la actualidad integran la UE y la mayor diversidad existente entre ellos, determina que se haya incrementado sustancialmente el riesgo de disparidades normativas que puedan obstaculizar los intercambios o generar distorsiones de la competencia en aquellos sectores que no han sido objeto de armonización. En consecuencia, en esos sectores las ampliaciones de la UE tienen un significativo impacto en el sentido e incrementar el pluralismo normativo que opera como presupuesto que resulta preciso para justificar el recurso al artículo 95 TCE.

10. La STJCE de 12 de diciembre de 2006 pone de relieve cómo la eventual adopción de normas a escala internacional puede ser determinante al apreciar la existencia de la disparidad normativa entre los Estados miembros. Ciertamente, el TJCE parte del criterio de que la existencia de un texto internacional que regule de manera uniforme una determinada materia puede excluir la justificación de una eventual intervención del legislador comunitario para aproximar las legislaciones de los Estados miembros. Ahora bien, esta posibilidad se halla sometida a la concurrencia de determinadas circunstancias en la normativa internacional, que el TJCE no detalla de manera exhaustiva, limitándose a mencionar algunas de las que no concurren en el presente caso y que determinan que la existencia de normas internacionales sobre publicidad y patrocinio del tabaco no excluya que entre los Estados miembros de la UE al tiempo de aprobación de la Directiva 2003/33/CE existiera el grado de disparidad normativa que podía justificar la intervención a nivel comunitario.

De los apartados 48 a 51 de la STJCE de 12 de diciembre de 2006 resulta que para que la existencia de normas uniformes reguladoras de una determinada materia a escala internacional pueda excluir la

disparidad entre las legislaciones de los Estados miembros de la UE de tal modo que no esté justificada la adopción de normas comunitarias de armonización en el marco del artículo 95 TCE resulta preciso en todo caso, y como mínimo, que se trate de un texto internacional vinculante para todos los Estados miembros y que por la naturaleza y contenido de sus reglas asegure la aplicación de las mismas normas en todos los Estados miembros. El TJCE se limita a poner de relieve que tales circunstancias no concurrían con respecto al Convenio marco de la OMS para el control del tabaco de 21 de mayo de 2003 al tiempo de adoptarse la Directiva 2003/33/CE, pues en ese momento el Convenio no había entrado en vigor y no había sido ratificado por todos los Estados miembros, destacando también que el Convenio permite que el alcance de las prohibiciones a la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco varíen entre sus Estados miembros.

Ciertamente, el Convenio marco de la OMS para el control del tabaco no entró en vigor hasta el 27 de febrero de 2005<sup>19</sup> e incluso en la actualidad todavía no ha sido ratificado por todos los Estados miembros de la UE<sup>20</sup>. Otra dificultad adicional deriva de los límites de la eficacia uniformizadora del Convenio marco, pues si bien éste contempla en principio en su artículo 13 que los Estados miembros procederán a una prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco, esta obligación se impone “de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales”, de manera que el Convenio admite que los Estados en lugar de una prohibición tan intensa pueda únicamente aplicar restricciones a toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. En todo caso, la afirmación del TJCE (apartado 50 STJCE de 12 de diciembre de 2006) en el sentido de que los Estados miembros del Convenio marco de la OMS “son libres” de adoptar una prohibición total o sólo restricciones a la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco, debe ser matizada, pues cabe entender que el artículo 13 Convenio obliga a los Estados a imponer una prohibición total, salvo que se trate de Partes que no estén en condiciones de proceder a una prohibición de ese tipo “debido a las disposiciones de su constitución o sus principios

---

<sup>19</sup> El 27 de febrero de 2005 se cumplió lo dispuesto en el artículo 36 del Convenio, que prevé la entrada en vigor de éste “al nonagésimo día contado desde la fecha en que haya sido depositado... el cuadragésimo instrumento de ratificación...”.

<sup>20</sup> En concreto, el 8 de febrero de 2007 el número de firmantes de ese Convenio marco es de 168, de los que 144 han pasado a ser partes del Convenio, entre éstos (de la UE) no se encuentra todavía Italia –que sí lo firmó con fecha 16 de junio de 2003-; la situación actualizada del Convenio ha sido consultada en <http://www.who.int/tobacco/framework/countrylist/en/index.html>. Con respecto a la participación de la CE en este Convenio, *vid.* también Decisión del Consejo de la UE de 2 de junio de 2004 relativa a la aprobación por la Comunidad del Convenio marco de la OMS para el control del tabaco (DO 2004 L 213/8).

constitucionales aplicará restricciones”. Por lo tanto, no se trata de que los Estados sean libres de adoptar medidas de uno u otro alcance, sino de que respecto a los Estados en los que no resulta constitucional una prohibición total se contempla sólo el compromiso de imponer restricciones menos intensas.

Esta cautela del Convenio se vincula con la protección de la publicidad en el marco del derecho fundamental a la libertad de expresión e información, que en determinados ordenamientos limita o excluye la posibilidad de adoptar prohibiciones absolutas a la publicidad de productos. Aunque la protección de la publicidad en el marco de la libertad de expresión ha alcanzado en los últimos años un particular desarrollo en Europa y en concreto en el marco del CEDH como consecuencia de la jurisprudencia del TEDH sobre el particular –a la que se hará referencia más adelante–, parece claro que las instituciones comunitarias consideran que una prohibición de la publicidad de los productos del tabaco de amplio alcance no menoscaba los principios constitucionales de ningún Estado miembro, como ilustra el contenido de las Directivas adoptadas en esa materia.

11. Junto a la disparidad normativa entre los Estados miembros, para que la intervención comunitaria con base en el artículo 95 TCE resulte justificada es preciso que las medidas que se adopten tengan efectivamente como objeto mejorar las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior, para lo que deben contribuir a eliminar obstáculos (incluso futuros) a la libre circulación de mercancías o servicios o suprimir distorsiones a la competencia<sup>21</sup>. Esta constatación plantea un primer grupo de cuestiones, que tienen que ver con la precisión de cuándo las medidas adoptadas contribuyen efectivamente a eliminar obstáculos a las libertades fundamentales o, como mínimo, son necesarias para evitar que se eludan determinadas prohibiciones que tienen este objetivo. Las restricciones a la publicidad no sólo pueden menoscabar la libre circulación de mercancías, tanto de los bienes anunciados como de los soportes publicitarios afectados, sino también de servicios, en la medida en que éstos sean objeto de publicidad, pero también porque las actividades publicitarias implican la prestación de diferentes servicios, por ejemplo, por las agencias de publicidad o los medios de comunicación<sup>22</sup>, que pueden verse afectados por esas restricciones.

A este respecto un elemento que delimita las situaciones en las que está justificada la legislación comunitaria es el alcance transfronterizo de

---

<sup>21</sup> STJCE de 10 de diciembre de 2002, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, C-491/01, apartado 60.

<sup>22</sup> Cf. Comisión CE, “Libro verde sobre las comunicaciones comerciales en el mercado interior”, *COM (1996) 192 final*, p. 13.

las actividades reguladas como elemento que condiciona la presencia de intercambios que se ven afectados por las normas de armonización; por ello la adopción a escala comunitaria de prohibiciones generales de determinadas prácticas comerciales relativas a ciertos productos puede no estar justificada –como sucedió con la prohibición de la publicidad de los productos del tabaco contenida en la Directiva 98/43/CE–, en la medida en que tales prohibiciones vayan referidas a situaciones meramente internas cuya inclusión dentro del ámbito de aplicación de la normativa comunitaria armonizada no resulte precisa para mejorar el funcionamiento del mercado interior. Lo anterior no implica que la inclusión de situaciones que en gran medida no afectan a los intercambios comunitarios determine por sí sola la imposibilidad de recurrir al artículo 95 TCE, pero sí requiere analizar los criterios relevantes para apreciar cuándo su regulación se halla justificada por el objetivo de mejorar el funcionamiento del mercado interior.

La jurisprudencia del TJCE sobre la armonización relativa a los productos del tabaco plantea también la importante cuestión de en qué medida la adopción a escala comunitaria de la prohibición del comercio de ciertos bienes o de determinadas prácticas relativas a la comercialización de los mismos puede fundarse en el artículo 95 TCE. Una interpretación estricta podría servir para cuestionar, al menos en muchos supuestos, la posibilidad de adoptar con base en esa norma –orientada a mejorar el funcionamiento del mercado interior y suprimir los obstáculos al comercio– prohibiciones de ese tipo, que cabe entender que no favorecen los intercambios entre los Estados miembros<sup>23</sup>. Además, la STJCE de 5 de enero de 2000, que anuló la Directiva 98/43/CE, reafirmó el criterio de que cuando el objetivo de una medida de armonización es suprimir distorsiones de la competencia, para que el recurso al artículo 95 TCE esté fundado es preciso que las distorsiones que pretende eliminar sean sensibles, sin que baste que se trate de distorsiones mínimas<sup>24</sup>. Ahora bien, al analizar el significado del artículo 95 TCE como base jurídica para la armonización de legislaciones, resulta necesario valorar que la adopción de prohibiciones a escala comunitaria cuyo impacto de conjunto es una potencial reducción de los intercambios –lo que no parece contribuir a la mejora del mercado interior– puede sin embargo resultar también determinante para eliminar obstáculos impuestos a escala nacional. En este sentido, en ciertos sectores se observa en algunos Estados miembros –y con contenidos diferentes entre ellos– la presencia de normas

---

<sup>23</sup> Poniendo de relieve esta circunstancia, *vid.* el Comentario de J.A. Usher a la STJCE de 5 de octubre de 2000, *CMLRev*, vol. 38, 2001, pp. 1519-1543, p. 1536.

<sup>24</sup> *Vid.* apartados 106 y 107 STJCE de 5 de enero de 2000, reafirmando el criterio ya establecido en la STJCE de 11 de junio de 1991, *Comisión/Consejo*, «Dióxido de titanio», C-300/89.

prohibitivas de ciertas prácticas comerciales que, a falta de armonización, pueden resultar conformes al Derecho comunitario, pese a afectar a los intercambios, si bien el respeto del principio de proporcionalidad resulta clave para que las restricciones nacionales se consideren admisibles en el caso concreto. Así lo ilustra la reciente jurisprudencia del TJCE, por ejemplo, con respecto a prohibiciones nacionales de publicidad o comercialización de bebidas alcohólicas<sup>25</sup>, medicamentos<sup>26</sup>, alimentos<sup>27</sup>, juegos de azar<sup>28</sup>, o de publicidad que pueda resultar engañosa<sup>29</sup>.

## II.2 Publicidad transfronteriza: medios de difusión

12. Uno de los motivos básicos para la impugnación por Alemania de la validez de las Directivas sobre publicidad y patrocinio del tabaco, tanto la de 1998 como la de 2003, fue que las prohibiciones previstas en dichas directivas sólo de manera marginal podrían justificarse en la pretendida necesidad de eliminar los obstáculos a los intercambios en la CE, debido a que iban referidas a medios de comunicación o soportes publicitarios cuya difusión o comercialización tenía lugar básicamente a nivel local o regional. De hecho, al declarar la nulidad de la Directiva de 1998, la STJCE de 5 de octubre de 2000<sup>30</sup> destacó que respecto de gran parte de las clases de publicidad de los productos del tabaco que resultaban afectadas por la prohibición general contenida en su artículo 3 esta medida no estaba justificada por la eliminación de obstáculos a la libre circulación de los soportes publicitarios o a la libre prestación de servicios en el ámbito de la publicidad. Como ejemplo, de las consecuencias de esa prohibición general que en nada contribuyen a facilitar los intercambios comerciales de los soportes publicitarios, la STJCE de 5 de octubre de 2000 menciona la prohibición de la publicidad en carteles, parasoles, ceniceros y otros objetos utilizados en hoteles, restaurantes y cafés, así como la prohibición de anuncios publicitarios en el cine.

Ahora bien, la Directiva 2003/33/CE no se limita a establecer una prohibición general de la publicidad de los productos del tabaco, sino que

---

<sup>25</sup> Vid. STJCE de 8 de marzo de 2001, *Gourmet International Products*, C-405/98.

<sup>26</sup> STJCE de 11 de diciembre de 2003, *Deutscher Apothekerverband*, C-322/01.

<sup>27</sup> STJCE de 12 de diciembre de 1990, *SARPP*, C-241/89, aps. 15-16; y STJCE de 15 de julio de 2004, *Douwe Egberts*, C-239/02.

<sup>28</sup> Vid. STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Läärä y otros*, C-124/97; STJCE de 21 de octubre de 1999, *Zenatti*, C-67/98; y STJCE de 11 de septiembre de 2003, *Anomar*, C-6/01.

<sup>29</sup> Vid. STJCE de 25 de marzo de 2004, *Karner*, C-71/02, considerando compatible con el Derecho comunitario una legislación nacional que prohíbe en ciertos casos que en la publicidad se mencione que los bienes proceden de la masa de una quiebra.

<sup>30</sup> Vid. apartado 99.



entre las modificaciones que introdujo para respetar las exigencias de la STJCE de 5 de octubre de 2000 y poder tener como base jurídica el artículo 95 TCE, adopta prohibiciones, aunque muy amplias, referidas a determinados medios de comunicación. En concreto, su artículo 3 prohíbe, con un par de excepciones, la publicidad de los productos del tabaco en los medios de comunicación impresos y en los servicios de la sociedad de la información, mientras que la prohibición de su artículo 4 va referida a la radio<sup>31</sup>. Por ello, la impugnación ante el TJCE de las prohibiciones publicitarias contenidas en los artículos 3 y 4 Directiva 2003/33/CE, ha obligado al TJCE, además de a concretar la interpretación de los soportes publicitarios comprendidos en los mencionados artículos 3 y 4, a precisar el alcance de las competencias comunitarias para adoptar con base en el artículo 95 TCE normas de armonización respecto de prohibiciones publicitarias en medios de comunicación cuya difusión, vista desde la perspectiva comunitaria, tradicionalmente ha tenido lugar de modo principal a escala local o nacional.

En relación con la publicidad en los medios contemplados en los artículos 3 y 4 Directiva 2003/33, el legislador comunitario no ha optado por limitar las prohibiciones de la publicidad a los casos en los que ésta tiene carácter transfronterizo. Una restricción de ese tipo se ha introducido únicamente con respecto al patrocinio, pues frente a la anulada Directiva de 1998 que prohibía con carácter general toda clase de publicidad del tabaco (art. 3.1), el artículo 5.1 de la Directiva 2003/33 prohíbe únicamente el patrocinio de acontecimientos o actividades en los que participen varios Estados miembros, se celebren en varios Estados miembros o tengan de cualquier otro modo efectos transfronterizos.

13. Rechazando el planteamiento de Alemania en su recurso, el TJCE en su sentencia de 12 de diciembre de 2006 ha puesto de relieve que tanto los productos de la prensa escrita –típicamente periódicos, revistas y semanarios- como la radio constituyen medios de comunicación o soportes publicitarios que, aunque en ocasiones –por evidentes razones lingüísticas y culturales- vayan básicamente dirigidas a un mercado local o nacional, presentan en el ámbito comunitario carácter transfronterizo, en el sentido de que dan lugar a intercambios intracomunitarios y se trata de medios que pueden ser utilizados por las empresas para promover productos del tabaco más allá del Estado de procedencia del medio. Por lo tanto, la libre circulación de mercancías –de los medios y soportes que incluyen publicidad- y la libre prestación de servicios –básicamente el

---

<sup>31</sup> La publicidad en televisión de esos productos había sido previamente introducida por el artículo 13 Directiva 89/552/CEE, modificada por la Directiva 97/36/CE sobre televisión son fronteras.

ofrecimiento a posibles anunciantes establecidos en otros Estados miembros de espacios publicitarios- pueden verse afectadas por la existencia de diferencias en las legislaciones de los Estados miembros sobre el alcance de tales prohibiciones, incluso, según el criterio del TJCE, tratándose de publicaciones comercializadas localmente o que sólo excepcionalmente se comercialicen en otros Estados miembros.

El impacto de Internet y la creciente difusión de los productos de la prensa y de la radio a través de los servicios de la sociedad de la información es un elemento que destaca el TJCE para alcanzar esa conclusión acerca del alcance transfronterizo de tales medios. Por lo tanto, la convergencia de medios y la expansión de los servicios de la sociedad de la información, que facilita el acceso instantáneo desde cualquier lugar a los medios de comunicación difundidos por esa vía, con independencia del ámbito geográfico en el que tradicionalmente se comercializaran ciertas publicaciones o se difundieran emisiones radiofónicas, no hace sino reafirmar de cara al futuro esa tendencia a presentar alcance transfronterizo.

14. Esa convergencia entre los medios contribuye, respecto a los contenidos susceptibles de ser comunicados a través de Internet, a dificultar la pretensión de establecer tratamientos diferenciados para las actividades de alcance local o nacional y las que presentan carácter transfronterizo, lo que podría justificar que la regulación de aquellas que no desbordan el ámbito nacional quedara excluida del alcance de la competencia comunitaria. En este sentido, la STJCE de 12 de diciembre de 2006 viene a reafirmar un criterio del TJCE con gran trascendencia expansiva de las competencias comunitarias relativas al mercado interior. Al afirmar que las prohibiciones de la Directiva 2003/33/CE son respetuosas con el principio de proporcionalidad, el TJCE pone de relieve que no cabe exigir al legislador comunitario que adopte una medida menos restrictiva consistente en una prohibición de la publicidad que no fuera aplicable a los medios (publicaciones, programas de radio y servicios de la sociedad de la información) destinados a un mercado local o nacional, pues semejante diferenciación según el alcance de esas medidas ocasionaría que el ámbito de aplicación de la prohibición de la publicidad del tabaco resultara incierto y aleatorio, lo que sería incompatible con el objetivo armonizador de la Directiva<sup>32</sup>.

De la jurisprudencia del TJCE resulta con claridad que la eficacia de los instrumentos relativos al mercado interior exige normalmente que los criterios que delimitan su ámbito de aplicación sean sencillos y precisos, de manera que no constituyen una fuente de inseguridad jurídica. La

---

<sup>32</sup> *Vid.* apartados 149 y 150 STJCE de 12 de diciembre de 2006.

interpretación de este objetivo de seguridad jurídica como fundamental para que las medidas puedan contribuir efectivamente al mejor funcionamiento del mercado interior conduce a una significativa expansión de las competencias comunitarias, pues permite que el ámbito de aplicación personal, espacial o territorial de las normas adoptadas para el mejor funcionamiento del mercado interior comprenda situaciones o actividades que tengan únicamente carácter local o nacional –por ejemplo, la prohibición del art. 3 de la Directiva 2003/33/CE abarca a los periódicos locales no accesibles a través de Internet- así como también otras situaciones o actividades que estén conectadas básicamente con Estados no comunitarios (y que, por lo tanto, típicamente no constituyen situaciones intracomunitarias ni van referidas a intercambios entre Estados miembros).

15. El impacto de ese objetivo de seguridad jurídica en la delimitación del ámbito de aplicación de las medidas comunitarias se proyecta no sólo sobre las diversas materias armonizadas con base en el artículo 95 TCE sino también sobre las fundadas en los artículos 61 y 65 TCE, que hace referencia a las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza y atribuye competencia al legislador comunitario “en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior”. Con respecto al artículo 95 TCE resulta especialmente ilustrativa a este respecto la jurisprudencia relativa a la Directiva 95/46/CE sobre datos personales, pues en relación con sus normas la STJCE de 20 de mayo de 2003, *Österreichischer Rundfunk*, C-465/00, C-138/01 y C-139/01<sup>33</sup> y la STJCE de 6 de noviembre de 2003, *Lindqvist*, C-101/01<sup>34</sup> pusieron de relieve que el recurso a dicha base jurídica no requiere la existencia de un vínculo efectivo con la libre circulación entre Estados miembros en cada una de las situaciones que contemplan ni puede requerir comprobar caso por caso si una actividad concreta afecta directamente a la libre circulación entre los Estados miembros.

En este mismo sentido, con respecto a las normas uniformes de competencia judicial internacional del Convenio de Bruselas de 1968 y el actual Reglamento 44/2001, fundado en el art. 61 TCE, el TJCE ha considerado compatible con la limitación de competencia a lo necesario para el correcto funcionamiento del mercado interior del artículo 61 TCE que tales normas no se apliquen únicamente a las situaciones que tienen un vínculo efectivo y suficiente con el funcionamiento del mercado

---

<sup>33</sup> *Vid.* apartado 42.

<sup>34</sup> *Vid.* apartados 40-42.

interior o varios Estados miembros<sup>35</sup>, sino que cubran también situaciones vinculadas con terceros Estados y que no son propiamente intracomunitarias<sup>36</sup>, lo que se proyecta asimismo sobre la competencia de la Comunidad para concluir acuerdos con terceros Estados respecto de esas situaciones.

### II.3. Alcance de las prohibiciones de la Directiva 2003/33/CE

16. Pese al amplísimo contenido de las prohibiciones a la publicidad del tabaco de la Directiva 2003/33/CE la limitación de éstas a ciertas formas de publicidad, unida a la introducción de otras novedades, ha resultado determinante para que el TJCE haya avalado la validez de esa Directiva y el cumplimiento en este caso de las condiciones exigidas por el artículo 95 TCE, a diferencia de lo sucedido con la anterior Directiva sobre publicidad y patrocinio del tabaco. En todo caso, si bien no se trata de una prohibición general, lo cierto, de conformidad con el artículo 3 Directiva 2003/33/CE, es que las únicas excepciones a la prohibición de la publicidad de los productos del tabaco en los medios de comunicación impresos y en los servicios de la sociedad de la información son las relativas a las publicaciones destinadas exclusivamente a los profesionales del comercio del tabaco y a las publicaciones impresas y editadas en terceros países, siempre que dichas publicaciones no estén destinadas principalmente al mercado comunitario. Por su parte, el artículo 4 establece la prohibición de toda forma de publicidad del tabaco en la radio.

Para concretar el alcance de esas prohibiciones y valorar su justificación en el marco del artículo 95 TCE, al apreciar que tienen efectivamente por objeto mejorar las condiciones de funcionamiento del mercado interior, el TJCE aclara que, pese a las dudas surgidas respecto a la interpretación de la Directiva en algún idioma, la expresión “medios de comunicación impresos” o “prensa y otras publicaciones impresas” a las que va referida la prohibición del artículo 3 de la Directiva 2003/33 no debe ser objeto de interpretación amplia, de manera que sólo incluye publicaciones como periódicos, revistas o semanarios, pero no “boletines de asociaciones locales, programas de manifestaciones culturales, carteles, guías telefónicas y folletos u octavillas”.

17. Esta precisión del TJCE resulta clave para conciliar su pronunciamiento sobre la Directiva 2003/33/CE con la STJCE de 5 de

---

<sup>35</sup> STJCE de 1 de marzo de 2005, *Owusu*, C-281/02, apartado 34.

<sup>36</sup> *Vid.* Dictamen TJCE 1/03, de 7 de febrero de 2006, apartado 143.

octubre de 2000, que anuló la Directiva 98/43/CE, pues esta decisión había puesto de relieve que una prohibición general de la publicidad que alcanzara a medios o soportes como los mencionados, que no se consideran transfronterizos no puede estar justificada por el objetivo de mejorar el funcionamiento del mercado interior, como exige la utilización del artículo 95 TCE como base jurídica. Sólo en lo relativo a los soportes y medios publicitarios no regulados en la Directiva 2003/33/CE (ni en la ya aludida Directiva Televisión sin fronteras), tienen los Estados miembros la posibilidad de establecer sus propias reglas sobre publicidad del tabaco. Cabe apreciar, en todo caso, que se trata de medios o soportes que relativamente tienen una escasa importancia en el sector publicitario, pues la prohibición alcanza a los medios que acaparan la gran mayoría de la publicidad, en particular, televisión, radio, servicios de la sociedad de la información, periódicos, revistas y semanarios.

Cabe plantearse si las prohibiciones publicitarias de los artículos 3 y 4 de la Directiva 2003/33/CE alcanzan a los medios editados o impresos en la UE que sólo producen efectos sustanciales en el extranjero. Del texto de la Directiva parece desprenderse que la prohibición alcanza a todas las publicaciones (y servicios de la sociedad de la información) impresas o editadas en la UE, salvo las destinadas exclusivamente a los profesionales del comercio del tabaco. Por lo tanto, cabría entender que la prohibición comprende a las publicaciones (y servicios de la sociedad de la información) impresas o editadas en la UE destinadas a terceros Estados, si bien esas normas deben interpretarse teniendo en cuenta que conforme al artículo 95 TCE la competencia comunitaria para regular esas cuestiones sólo existe en la medida necesaria para el funcionamiento y el establecimiento del mercado interior<sup>37</sup>. En todo caso, la inclusión de ese tipo de situaciones dentro del ámbito de aplicación de las prohibiciones publicitarias relativas a los productos del tabaco viene ahora exigida por el artículo 13 del Convenio marco de la OMS para el control del tabaco, como se analizará más adelante.

18. En lo que respecta a los medios de comunicación regulados en la Directiva 2003/33/CE los Estados miembros no sólo están obligados a recoger en sus ordenamientos las prohibiciones que establece la Directiva

---

<sup>37</sup> Con respecto a la aplicación de la prohibición de fabricación de cigarrillos que no respeten los contenidos fijados en el artículo 3.1 de la Directiva 2001/37/CE a los cigarrillos fabricados para su exportación a terceros países, el TJCE puso de relieve que tal prohibición no tiene por objeto la mejora de las condiciones de funcionamiento del mercado interior, pero que tal prohibición puede adoptarse con base en el artículo 95 siempre que pretenda evitar que se eludan prohibiciones que persigan ese objeto y se prevean para el mercado interior, lo que consideró que concurría en ese caso por el riesgo de fraudes, para evitar riesgos de reimportación ilícita o desviaciones del tráfico comercial (STJCE de 10 de diciembre de 2002, C-491/01, *British American Tobacco*, apartados 81-90).

sino que además el carácter de armonización de máximos de esta Directiva determina que los Estados miembros no puedan imponer restricciones adicionales a las previstas en la Directiva, debiendo limitarse a incorporar éstas en su legislación interna. Por lo tanto, las legislaciones de los Estados miembros no pueden establecer restricciones a la publicidad de los productos del tabaco en las publicaciones destinadas exclusivamente a los profesionales del comercio del tabaco ni en las publicaciones impresas y editadas en terceros países, siempre que dichas publicaciones no estén destinadas principalmente al mercado comunitario.

El carácter de máximos de la armonización llevada a cabo por la Directiva 2003/33/CE se corresponde con la inclusión en su artículo 8 de una norma que asegura la libre circulación entre los Estados miembros de los productos que cumplan las exigencias de la Directiva. EL TJCE considera necesaria una regla en ese sentido, que no estaba presente en la Directiva de 1998, para afirmar que la Directiva tiene efectivamente por objeto contribuir a mejorar las condiciones de funcionamiento del mercado interior.

#### **II.4. Restricciones nacionales y evolución del ordenamiento comunitario**

18. La presencia en las legislaciones de los Estados miembros de restricciones a la publicidad puede resultar incompatible con el Derecho comunitario, entre otros motivos porque puede obstaculizar la comercialización de los productos o servicios promocionados y también la libre circulación de los productos o servicios que son los medios de soporte de publicidad. La STJCE de 12 de diciembre de 2006 destaca cómo la superación de las disparidades en las legislaciones de los Estados miembros respecto a la publicidad de productos o servicios en los principales medios de difusión de publicidad (aunque éstos tengan preferentemente un alcance local o nacional) puede contribuir al mejor funcionamiento del mercado interior. En este contexto, el panorama regulatorio de la publicidad en el seno de la UE y la abundante jurisprudencia del TJCE acerca de los límites derivados de la libertad de circulación de mercancías y de prestación de servicios a la aplicación de las restricciones nacionales en la materia resulta clave para apreciar en qué medida, en otros sectores distintos al de los productos del tabaco, están presentes circunstancias que justifican (y aconsejan) el recurso a la aproximación de legislaciones en el marco del artículo 95 TCE para favorecer el mejor funcionamiento del mercado interior.

En el marco de la UE los logros alcanzados en la armonización de las normas sobre publicidad han sido muy significativos, tanto mediante la adopción de Directivas de alcance general u horizontal como relativas a

ciertos medios de difusión o productos. Entre las primeras, además de la Directiva 84/450/CEE, modificada por la Directiva 97/55/CE, sobre publicidad engañosa y comparativa, destaca ahora de manera muy especial la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales, que armoniza plenamente los requisitos relativos a las prácticas comerciales, incluida la publicidad, de las empresas que perjudiquen los intereses económicos de los consumidores. Entre las segundas cabe mencionar, como reguladoras de la publicidad en ciertos medios de comunicación: la Directiva 89/552/CEE, modificada por la Directiva 97/36/CE, de televisión sin fronteras; la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico; la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas. Por su parte, entre las que regulan aspectos relativos a la publicidad de ciertos productos o servicios se incluyen la Directiva 2001/83/CE relativa a los medicamentos; la Directiva 2000/13/CE respecto a los alimentos; y la Directiva 2002/65/CE que impone ciertos requisitos de información y de las comunicaciones relativas a contratos de servicios financieros.

19. Sin embargo, a pesar de esos logros, entre los Estados miembros de la UE subsisten notables diferencias –que las recientes ampliaciones han incrementado– en la presencia y contenido de las prohibiciones publicitarias respecto de un conjunto muy significativo de productos como bebidas alcohólicas, juguetes, medicamentos, juegos de azar, alimentos, armas o servicios financieros<sup>38</sup>. Conforme a la jurisprudencia del TJCE esas restricciones publicitarias pueden constituir medidas de efecto equivalente en el marco del artículo 28 TCE cuando la publicidad forma parte intrínseca de los productos sobre los que se proyecta la restricción, pues ésta puede hacer más difícil el acceso de los productos al mercado, como pusieron de relieve las decisiones del TJCE en los asuntos Mars<sup>39</sup> y Familiapress<sup>40</sup>. Fuera de esos supuestos, típicamente las prohibiciones y restricciones publicitarias son consideradas por el TJCE a partir de la sentencia Keck y Mithouard de 1993 como normas sobre modalidades de venta que quedan en determinados supuestos excluidas del ámbito del artículo 28 TCE, como puso ya de relieve el TJCE en sus sentencias Hünermund<sup>41</sup> y Leclerc-Siplec<sup>42</sup>. En concreto, estas normas quedan al margen del artículo 28 TCE siempre que reúnan dos requisitos: se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el

---

<sup>38</sup> Vid. P.A. De Miguel Asensio, *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*, Madrid, Iustel, 2005, pp. 125-188.

<sup>39</sup> STJCE de 6 de julio de 1995, *Mars*, as. C-407/93.

<sup>40</sup> Sentencia TJCE de 26.06.97, *Familiapress*, as. C-368/95.

<sup>41</sup> STJCE de 15 de diciembre de 1993, *Hünermund*, as. C-292/92, esp. aps. 19-23.

<sup>42</sup> STJCE de 9 de febrero de 1995, *Leclerc-Siplec*, C-412/93.

territorio nacional y afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros. Que la restricción a la publicidad tenga un alcance limitado puede resultar en el caso concreto determinante para apreciar que la normativa nacional controvertida cumple esos dos requisitos, pues la jurisprudencia del TJCE ha puesto de relieve que la prohibición total de la publicidad de una categoría de productos o de las características de un producto, aunque formalmente no sea discriminatoria, normalmente constituirá una barrera para el acceso al mercado o será susceptible de producir efectos diferentes en la comercialización de los productos nacionales y de los procedentes de otros Estados miembros<sup>43</sup>. La sentencia de 12 de diciembre de 2006 contribuye a clarificar que las normas sobre modalidades de venta pueden ser armonizadas con base en el artículo 95 TCE<sup>44</sup>.

Incluso las restricciones comprendidas dentro del artículo 28 TCE puede ser compatibles con el Derecho comunitario si están justificadas por alguno de los motivos del artículo 30 TCE, siempre que no constituyan un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros y sean proporcionales al objetivo perseguido. Entre los motivos del artículo 30 TCE se encuentra la protección de la salud pública, a la que pueden responder las restricciones a la publicidad no sólo en el ámbito del tabaco sino también en otros sectores que de momento no han sido objeto de una armonización plena, como es el caso de la publicidad de de bebidas alcohólicas<sup>45</sup>. En concreto los motivos que enumera el artículo 30 TCE son “razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y la vida de las personas... protección de la propiedad industrial y comercial”, siempre que no sean “un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros”. Además, de acuerdo con la doctrina Cassis de Dijon<sup>46</sup>, la aplicación de las normas nacionales sobre publicidad puede ser admisible cuando tales normas son

---

<sup>43</sup> Vid. STJCE de 15 de julio de 2004, *Douwe Egberts*, C-239/02, ap. 53; y STJCE de 8 de marzo de 2001, *Gourmet International Products*, C-405/98, destacando que ese es el caso especialmente cuando se trata de productos cuyo consumo está relacionado con prácticas sociales tradicionales y con hábitos locales, por lo que el consumidor está espontáneamente más familiarizado con los productos nacionales, como sucede con las bebidas alcohólicas.

<sup>44</sup> Cuestionando esa posibilidad con base en la STJCE de 5 de enero de 2000 que anuló la Directiva 98/43/CE, *vid.* K. Mortelmans, “The Relationship Between the Treaty Rules and Community Measures for the Establishment and Functioning of the Internal Market – Towards a Concordance Rule”, *CMLRev.*, vol. 39, pp. 1303-1346, p. 1326.

<sup>45</sup> La STJCE de 8 de marzo de 2001, *Gourmet International Products*, C-405/98, apartado 27, reafirma a este respecto lo señalado previamente por las SSTJCE de 10 de julio de 1980, *Comisión/Francia*, 152/78, apartado 17; y de 25 de julio de 1991, *Aragonesa de Publicidad Exterior y Publivia*, C-1/90 y C-176/90, apartado 15.

<sup>46</sup> STJCE de 20 de febrero de 1979, *Rewe*, as.120/78.



necesarias para satisfacer exigencias imperativas relativas a la lealtad de las transacciones comerciales y la protección de los consumidores, se aplican sin discriminación a productos importados y nacionales, y se adecuan al principio de proporcionalidad.

Buena parte de las restricciones a la publicidad, en especial las relativas a productos específicos pueden encontrar su fundamento en alguno de los motivos enumerados en el artículo 30 CE o admitidos conforme a la doctrina Cassis de Dijon. Las restricciones a la publicidad fundadas en esos motivos serán en principio admisibles, incluso aunque puedan afectar de manera diferente a los productos nacionales e importados<sup>47</sup>, salvo que a la luz de las concretas circunstancias presentes en el Estado miembro que las adopta, el objetivo perseguido pueda asegurarse con restricciones que afecten en menor medida al comercio intracomunitario.

20. En lo que concierne a la libre prestación de servicios, en el asunto *Bond van Adverteerders* el TJCE declaró que la publicidad difundida a cambio de una remuneración por un organismo de radiodifusión televisiva establecido en un Estado miembro en beneficio de un anunciante establecido en otro Estado miembro constituye una prestación de servicios en el sentido del artículo 49 TCE<sup>48</sup>. En relación con las restricciones publicitarias, la jurisprudencia del TJCE es clara en el sentido de que las normas nacionales que limitan la posibilidad de que medios de comunicación transfronteriza establecidos en un Estado miembro difundan desde allí –por ser el país de emisión– mensajes de publicidad destinados al público de otro Estado, constituyen una restricción a la libre prestación de servicios<sup>49</sup>.

Por lo tanto, las restricciones a la difusión de publicidad entre los Estados se hallan en principio prohibidas conforme al artículo 49 TCE. Sin embargo, pueden ser conformes con la libertad de prestación de servicios las restricciones que sean necesarias para satisfacer exigencias imperativas justificadas por razones de interés general<sup>50</sup> o por uno de los objetivos enunciados en el artículo 46 TCE. Es imprescindible que las medidas sean proporcionales al fin perseguido<sup>51</sup>, no vayan más allá de lo necesario para conseguirlo y que esos objetivos o exigencias imperativas no puedan ser alcanzados por otros medios menos restrictivos<sup>52</sup>. Los objetivos

---

<sup>47</sup> Vid. STJCE *Gourmet International Products*, apartado 24.

<sup>48</sup> STJCE de 26 de abril de 1988, *Bond van Adverteerders*, as. 352/85, apartado 14.

<sup>49</sup> STJCE de 9 de julio de 1997, *De Agostini y TV-Shop*, as. C-34/95 a C-36/95, apartado 50.

<sup>50</sup> Vid. STJCE de 25 de julio de 1991, *Säger*, as. C-76/90.

<sup>51</sup> Vid. STJCE de 26 de abril de 1988, *Bond van Adverteerders*, as. 352/85, apartado 36.

<sup>52</sup> Vid. STJCE de 25 de julio de 1991, *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, as. C-288/89, ap apartado. 15. El hecho de que un Estado miembro imponga disposiciones menos

mencionados en el artículo 46 TCE –aplicable conforme a lo dispuesto en el art. 55 TCE - como justificación posible de las medidas restrictivas son “razones de orden público, seguridad y salud públicas”. Al igual que sucede respecto de la libre circulación de mercancías, la protección de la salud pública como motivo de interés general puede resultar determinante para justificar las restricciones a la publicidad de bebidas alcohólicas<sup>53</sup>, tabaco o medicamentos. La importancia de la protección del orden social en relación con los servicios de loterías, así como la necesidad de proteger a los participantes, determina que las autoridades nacionales dispongan de un amplio margen de apreciación que puede justificar la imposición de restricciones a la publicidad de estos servicios<sup>54</sup>. Entre las exigencias imperativas de interés general que pueden justificar los obstáculos a la libre prestación de servicios, se ha encontrado tradicionalmente la lealtad de las transacciones comerciales y la protección de los consumidores en general<sup>55</sup>, si bien la armonización plena prevista en la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales está orientada a eliminar los obstáculos basados en esa justificación<sup>56</sup>.

21. En principio, las restricciones nacionales a las libertades de circulación de mercancías y prestación de servicios en los casos señalados sólo son admisibles a falta de armonización, pues en caso contrario habrá que estar a lo dispuesto en la normativa de armonización. En consecuencia, la aplicación de las restricciones establecidas a escala nacional deja de ser admisible en los ámbitos armonizados de manera plena por una directiva.

La armonización de las legislaciones nacionales constituye en tales supuestos un instrumento esencial para contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior y la eliminación de los obstáculos

---

rigurosas que otro no significa que las de éste sean desproporcionadas, *vid.* STJCE de 10 de mayo de 1995, *Alpine Investments*, as. C-384/93, apartado 51.

<sup>53</sup> *Vid.* SSTJCE de 8 de marzo de 2001, *Gourmet International Products*, as. C-405/98, aps. 40-42 ; y de 13 de julio de 2004, *Comisión c. Francia*, as. C-262/02, ap. 30.

<sup>54</sup> *Vid.* STJCE de 24 de marzo de 1994, *Schindler*, C-275/92, apartados 58-62.

<sup>55</sup> *Vid.* SSTJCE de 25 de julio de 1991, *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, C-288/89, apartado 14; 10 de mayo de 1995, *Alpine Investments*, C-384/93; y 9 de julio de 1997, *De Agostini y TV-Shop*, C-34/95 a C-36/95, ap. 53.

<sup>56</sup> De acuerdo con la STJCE de 10 de mayo de 1995, *Alpine Investments*, C-384/93, el mantenimiento de la buena reputación del sector financiero nacional y la protección de los inversores poco experimentados frente a las formas de publicidad y venta más agresivas puede también constituir una razón imperativa de interés general que puede justificar determinadas restricciones a la publicidad de servicios financieros. En materia de publicidad televisiva, también la protección de los consumidores contra los excesos de la publicidad comercial y, por razones de política cultural y el mantenimiento de una cierta calidad de los programas son objetivos que pueden justificar restricciones a la libre prestación de servicios publicitarios, de acuerdo con la STJCE de 23 de octubre de 2003, *RTL Televisión*, C-245/01.

derivados de la existencia de normativas nacionales diversas<sup>57</sup>. Sin desconocer que en el caso de la publicidad del tabaco el interés en proteger la salud pública tiene especial relevancia, lo cierto es que la interpretación de la STJCE de 12 de diciembre de 2006 acerca del alcance de la competencia atribuida a las instituciones comunitarias en el marco del artículo 95 TCE para adoptar medidas de armonización resulta relevante en relación con aquellos sectores que no han sido armonizados plenamente y que son objeto de reglas restrictivas de la publicidad en (algunos) Estados miembros. En particular, en la medida en que esas normas restrictivas, habida cuenta de la finalidad que persiguen y del cumplimiento de las condiciones requeridas, puedan ser conformes al Derecho comunitario, pese a obstaculizar la libre circulación de mercancías o la libre prestación de servicios, la adopción de una normativa armonizada constituye un mecanismo clave para evitar los obstáculos a los intercambios comunitarios.

### **III. LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EUROPA Y PROTECCIÓN DE LA PUBLICIDAD**

22. En su Sentencia de 12 de diciembre de 2006 el TJCE hace referencia al impacto de las prohibiciones publicitarias de los artículos 3 y 4 Directiva 2003/33/CE sobre la libertad de expresión garantizada en el artículo 10 CEDH al valorar la adecuación de esas medidas al principio de proporcionalidad. Sin embargo, el TJCE destaca que la facultad de apreciación para establecer el equilibrio justo entre la libertad de expresión y los objetivos de interés general contemplados en el artículo 10.2 CEDH que pueden amparar medidas restrictivas como las contenidas en la Directiva 2003/33/CE es especialmente amplia en el sector de la publicidad, pues es éste un ámbito especialmente complejo y fluctuante de uso mercantil de la libertad de expresión, afirmando además que en todo caso la libertad de expresión en el periodismo, como tal, queda intacta, pues no se ven afectadas las colaboraciones de los periodistas.

Ahora bien, esta sentencia del TJCE, posiblemente porque se centra sobre el eventual impacto del derecho a la libertad de expresión en el marco del principio de proporcionalidad comunitario y recae sobre la publicidad en una materia en la que considera que los riesgos para la salud son especialmente intensos, atribuye, al menos formalmente, a la protección de la publicidad comercial mediante la libertad de expresión un potencial más limitado del que resulta de la jurisprudencia del TEDH relativa al control de las legislaciones nacionales sobre publicidad y su

---

<sup>57</sup> *Vid., v. gr.,* P.J. Slot, “Harmonisation”, *E.L.Rev.*, 1996, pp. 378-397, pp. 379-382.

compatibilidad con las exigencias derivadas del artículo 10 TEDH. El TJCE se limita en esta ocasión básicamente a afirmar que la libertad de expresión del artículo 10 CEDH puede ser objeto de limitaciones justificadas por objetivos de interés general, que estén previstas por la ley, respondan a finalidades legítimas con arreglo al artículo 10 CEDH y sean necesarias en una sociedad democrática, pero sin valorar si en el caso concreto concurren estas circunstancias y, en particular, si las medidas resultan proporcionadas a la finalidad legítima perseguida, a la luz de los criterios sobre este particular establecidos en la jurisprudencia del TEDH<sup>58</sup>.

23. Lo cierto es que la jurisprudencia del TEDH ha afirmado con claridad la inclusión de la publicidad dentro del ámbito de aplicación del artículo 10 CEDH -incluso revisando la interpretación realizada por el TC y el TS del art. 20.1 Constitución<sup>59</sup>-, lo que ha dado lugar al progresivo desarrollo de un ámbito mínimo de garantía del desarrollo de la actividad publicitaria en Europa<sup>60</sup>. De hecho, la vulneración del artículo 10 CEDH ha sido determinante en algún Estado miembro de la declaración de inconstitucionalidad de ciertas prohibiciones de publicidad<sup>61</sup>. Asimismo, la tutela del derecho a la libertad de expresión ha llevado al TEDH a establecer que ciertas limitaciones a la publicidad deben ser valoradas minuciosamente para determinar si son compatibles con la libertad reconocida en el artículo 10 CEDH<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> En alguna ocasión precedente el TJCE sí había entrado a valorar en mayor medida si una restricción publicitaria a la luz de los fines que persigue es razonable y proporcionada en el marco del artículo 10 TEDH, como en la STJCE de 25 de marzo de 2004, *Karner*, C-71/02. Puede, por lo tanto, que el enfoque seguido en la STJCE de 12 de diciembre de 2006 esté condicionado por la gravedad de los riesgos para la salud asociados a los productos del tabaco, si bien lo apropiado hubiera sido poner de relieve esta circunstancia y no minimizar el alcance de la tutela de la publicidad comercial en el marco de la libertad de expresión como resulta de la afirmación del TJCE “aun suponiendo que las medidas de prohibición de la publicidad o del patrocinio previstas en los artículos 3 y 4 de la Directiva tengan por efecto que la libertad de expresión se vea indirectamente menoscabada...”.

<sup>59</sup> Vid. STEDH de 24 de febrero de 1994, asunto *Casado Coca*. Haciendo únicamente referencia a la interpretación del CEDH hasta esa sentencia, A. Tato Plaza, “Derecho privado, publicidad y libertad de expresión en la Europa de veinticinco miembros”, E. Pérez Carrillo (coord.), *Estudios de Derecho mercantil europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 105-118.

<sup>60</sup> Sobre esa jurisprudencia y su impacto armonizador, vid. P.A. De Miguel Asensio, *Régimen...*, *op. cit.*, pp. 113-120.

<sup>61</sup> Vid. sentencia del *Verfassungsgerichtshof* austriaco de 8 de octubre de 1996, reseñada en la STEDH de 9 de junio de 1997, asunto *Telesystem Tirol Kabeltelevision*, para. 24; y sentencia de 12 de diciembre de 2000 del *Bundesverfassungsgericht* alemán (*International Review of Industrial Property and Copyright Law*, vol. 32, 2001, pp. 858-864) que, consideró contraria a la libertad de expresión la prohibición de la llamada publicidad chocante (*Schockwerbung*), que en vez de datos sobre los productos o servicios que publicita emplea imágenes duras que pueden impactar a los destinatarios.

<sup>62</sup> Cf. STEDH de 17 de octubre de 2002, asunto *Stambuk*, para 39.

En el sistema del CEDH, las restricciones a la publicidad son compatibles con la libertad de expresión cuando cumplen las tres condiciones exigidas en el artículo 10.2 CEDH: estar previstas por la ley, responder a alguno de los objetivos legítimos establecidos y ser necesarias en una sociedad democrática para alcanzar tales objetivos. Con respecto a las prohibiciones publicitarias contenidas en la Directiva 2003/33/CE, cumplen (incorporadas a los ordenamientos nacionales) el requisito de estar previstas en la ley, pues éste se considera satisfecho cuando las restricciones a la publicidad derivan de una norma formulada con precisión suficiente para que los ciudadanos puedan adecuar su conducta y prever las consecuencias de un acto determinado, lo que no excluye que las normas incorporen términos flexibles con un cierto margen de interpretación<sup>63</sup>. Es claro que esas restricciones publicitarias se fundan en alguno de los objetivos legítimos que prevé el artículo 10.2 CEDH, pues entre ellos se incluye la protección de la salud, que es el fin fundamental que persiguen las restricciones a la publicidad de los productos del tabaco.

Además, como destaca el propio TJCE, con respecto a la exigencia de que exista una necesidad social imperiosa que justifique la medida, al apreciar que ésta es necesaria para lograr el objetivo perseguido en una sociedad democrática, el TEDH admite que los Estados miembros tienen un margen de apreciación, que es especialmente amplio en el sector de la publicidad comercial<sup>64</sup>. Ahora bien, la jurisprudencia reciente del TEDH, en particular su sentencia 11 de diciembre de 2003 en el asunto *Krone*, pone de relieve cómo ese margen de apreciación no es ilimitado y el artículo 10 CEDH exige controlar si la restricción a la libertad de expresión derivada de la prohibición publicitaria se halla justificada y es proporcional<sup>65</sup>, lo que resulta especialmente justificado en el caso de prohibiciones publicitarias de muy amplio alcance. En todo caso, no cabe desconocer que en el caso de la publicidad del tabaco, ante la intensidad del riesgo para la salud, incluso prohibiciones de muy amplio alcance pueden llegar a ser consideradas como necesarias para lograr el objetivo perseguido por tales normas.

---

<sup>63</sup> *Vid.*, referidas a la publicidad, STEDH de 25 de agosto de 1998, asunto *Hertel*, para. 35; y STEDH de 28 de junio de 2001, asunto *Verein gegen Tierfabriken*, para. 55.

<sup>64</sup> *Vid.* R. Kulms, “Werbung : Geschützte Meinungsäußerung oder unlauterer Wettbewerb? (Zum Verhältnis von Art. 10 EMRK und UWG)”, *RabelsZ*, vol. 63, 1999, pp. 520-536, p. 524.

<sup>65</sup> En la mencionada Sentencia en el asunto *Krone* el TEDH determinó que ciertas restricciones de la publicidad comparativa, como la obligación de que el anunciante facilite información detallada sobre las características de los periódicos comparados pese a tratarse de competidores en el mismo mercado y para el mismo círculo de clientes, constituyen una violación del artículo 10 CEDH, pues la restricción que implican del derecho a la libertad de expresión en materia publicitaria –al excluir en la práctica la posibilidad de realizar publicidad de precios entre competidores– no está justificada para alcanzar los fines de la protección del crédito en el mercado de los competidores y la tutela de los consumidores perseguidos por esas restricciones.

## IV. CONTEXTO INTERNACIONAL

### IV.1 Convenio marco de la OMS para el control del tabaco

24. El Convenio de la OMS de 2003 dedica su artículo 13 a regular la publicidad, promoción y prohibición del tabaco, exigiendo la adopción por los Estados miembros de las medidas legislativas, administrativas o de otro tipo que resulten necesarias para cumplir con los compromisos de prohibición o restricción de la publicidad del tabaco establecidos en el Convenio. Pese a que el Convenio parte de un planteamiento muy restrictivo, que considera apropiada y pretende la “prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco”, su alcance armonizador es limitado, precisamente porque tiene en cuenta que en determinados Estados una prohibición total puede no resultar constitucionalmente admisible, habida cuenta del nivel de protección de la publicidad comercial en el marco del derecho fundamental a la libertad de expresión.

A este respecto, es ilustrativo que mediante Sentencia de 21 de septiembre de 1995, en el asunto *RJR-MacDonald Inc. v. Canada* (Attorney General), el Tribunal Supremo de Canadá declaró inconstitucional la prohibición de publicidad del tabaco establecida en la Tobacco Products Control Act de 1988. Esta legislación imponía con carácter general la prohibición de la publicidad del tabaco, si bien dejaba al margen de la prohibición la publicidad incluida en publicaciones extranjeras aunque se distribuyeran en Canadá y la redifusión en Canadá de emisiones radiofónicas y televisivas que se originaran en el extranjero, salvo que unas u otras tuvieran como principal objetivo promover la venta de tabaco en Canadá. El Tribunal Supremo de Canadá declaró inconstitucional la prohibición general de publicidad del tabaco, por ser contraria a la libertad de expresión, con base en que el Gobierno no había acreditado la necesidad de la medida –sin que hubiera probado la relación causal entre la prohibición de la publicidad y la disminución del consumo de tabaco- y que existen medidas menos restrictivas –que no eliminarían la posibilidad de informar de ciertas características a quienes consumen esos productos legales- que no habían sido consideradas <sup>66</sup>.

25. El artículo 13 del Convenio marco de la OMS, junto a la prohibición total de la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco,

---

<sup>66</sup> El texto íntegro de la Sentencia ha sido consultado en <http://www.canlii.org/ca/cas/scc/1995/1995scc72.html>

cuando resulte constitucionalmente admisible, prevé también la prohibición total de esas actividades transfronterizas originadas en el territorio de los Estados partes. Por lo tanto, teniendo en cuenta los intereses a los que responde la prohibición, este Convenio establece que la prohibición de la publicidad del tabaco debe comprender toda aquella que tenga su origen en el correspondiente Estado miembro incluso cuando vaya dirigida exclusivamente al extranjero. Por lo tanto, el Convenio impone la obligación -de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga cada Estado Parte- de aplicar estas restricciones publicitarias más allá del criterio del mercado afectado, que es el que normalmente determina el ámbito de aplicación en el espacio de las normas sobre publicidad. Además, establece que cuando un Estado haya prohibido determinadas formas de publicidad del tabaco, tendrá el derecho soberano de prohibir las que penetren en su territorio, así como de imponerles las mismas sanciones previstas para la publicidad que se origine en su territorio, de conformidad con la legislación nacional. La posibilidad de sancionar esas prácticas en tales circunstancias resulta razonable y plenamente conforme con el criterio de los efectos en el mercado.

Con respecto a los Estados en los que la prohibición total de los productos del tabaco no sea constitucionalmente admisible, el artículo 13 del Convenio marco de la OMS prevé la imposición únicamente de restricciones, cuyo concreto alcance puede variar según los países. Si bien enumera una serie de restricciones que “como mínimo” cada parte deberá aplicar, matiza ese compromiso al prever que la aplicación de esas medidas debe hacerse en cada Estado de conformidad con su constitución o principios constitucionales. Entre esas medidas se encuentran la prohibición de la publicidad del tabaco por cualquier medio que sea falso, equívoco o engañoso; la exigencia de que toda publicidad de tabaco vaya acompañada de una advertencia o mensaje pertinente; la restricción del uso de incentivos que fomenten la compra de productos de tabaco; y la exigencia de que se revelen a las autoridades competentes los gastos efectuados por la industria del tabaco en actividades de publicidad, promoción y patrocinio que aún no hayan sido prohibidas.

#### **IV.2. Interacción con la armonización comunitaria**

26. A diferencia de la Directiva 2003/33/CE, el Convenio marco de la OMS no tiene como consecuencia la imposición a todos los Estados de la obligación de establecer las mismas prohibiciones a la publicidad del tabaco, pues admite que los Estados mantengan restricciones de menor alcance cuando ello sea necesario conforme a sus principios constitucionales, típicamente como consecuencia del significado atribuido

a la libertad de expresión. Además, del artículo 13.4.e) del Convenio resulta que para imponer la prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio por “radio, televisión, medios impresos y, según proceda, otros medios, como Internet” los Estados –cuyos principios constitucionales lo permitan- disponen de un plazo de cinco años. Por lo tanto, es claro que la Directiva 2003/33/CE resulta un instrumento más apropiado para asegurar una armonización efectiva de las legislaciones.

27. Al comparar las normas de los artículos 3 y 4 de la Directiva con las del artículo 13 del Convenio llama la atención que, para aquellos Estados cuyo sistema constitucional lo permita, el Convenio impone con carácter general la obligación de proceder a “una prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco”. Teniendo en cuenta que el artículo 3.1 de la Directiva 2003/33/CE excluye de su prohibición de publicidad “a las publicaciones destinadas exclusivamente a los profesionales del comercio del tabaco”, y que, en línea con lo dispuesto en el artículo 8 de la Directiva, los Estados no pueden imponer prohibiciones a la publicidad de los productos del tabaco en los casos en los que la Directiva lo permite, resulta de especial interés la interacción entre ambas disposiciones.

Salvo que al establecer esa exclusión de la prohibición la UE haya pretendido hacer uso del periodo transitorio de cinco años para introducir las prohibiciones previsto en el artículo 13.4.e) del Convenio<sup>67</sup> –lo que debería traducirse en una próxima revisión de la Directiva-, debe entenderse que para salvar la compatibilidad de la Directiva y las normas nacionales de transposición con el Convenio marco, la prohibición de la publicidad del tabaco “en las publicaciones destinadas exclusivamente a los profesionales del comercio del tabaco” resultaría contraria al derecho fundamental a la libertad de expresión en los Estados de la UE. Esta conclusión, y la protección de la publicidad comercial en el marco del artículo 10 CEDH, suscita la duda de si no hubiera sido apropiado un análisis más preciso de los límites derivados del artículo 10 CEDH en el marco de la adopción de prohibiciones publicitarias tan amplias como las contenidas en la Directiva 2003/33/CE.

En lo que respecta a la excepción prevista en la Directiva con respecto a la publicidad de los productos del tabaco incluida en publicaciones “impresas y editadas en terceros países, siempre que dichas publicaciones no estén destinadas principalmente al mercado

---

<sup>67</sup> La Directiva 2003/33/CE fue adoptada el 26 de mayo de 2003, mientras que tras la negociación por la Comisión del Convenio marco de la OMS en nombre de la Comunidad, dicho Convenio fue firmado en nombre de la CE el 16 de junio de 2003, de conformidad con la Decisión adoptada por el Consejo de 2 de junio de 2003. Finalmente, el Convenio fue aprobado por la CE mediante Decisión del Consejo de 2 de junio de 2004 (DO 2004 L 213/8).



comunitario”, su interacción con el Convenio marco de la OMS resulta menos problemática. Como ha quedado ya reseñado, el artículo 13.7 del Convenio no impone con carácter general la prohibición de ese tipo de publicidad, pues se limita a establecer que los Estados que hayan prohibido determinadas formas de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco tendrán el derecho soberano de prohibir e imponer las mismas sanciones a esas actividades cuando penetren en su territorio.

## **V. EVOLUCIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL: EL CAPÍTULO III DE LA LEY 28/2005**

### **V.1. Comparación con la Directiva 2003/33/CE**

28. La Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, dedica su Capítulo III – compuesto por los arts. 9 y 10- precisamente a la regulación de la publicidad, promoción y patrocinio de los productos del tabaco. En concreto, su artículo 9 prohíbe el patrocinio de los productos del tabaco, así como toda clase de publicidad, y promoción de tales productos en todos los medios y soportes, incluyendo expresamente las máquinas expendedoras y los servicios de la sociedad de la información. Las únicas excepciones que contempla a esas prohibiciones son: las publicaciones destinadas exclusivamente a los profesionales que intervienen en el comercio del tabaco; las presentaciones de productos del tabaco a profesionales del sector, así como la promoción de dichos productos en las expendedorías de tabaco, siempre que no tenga como destinatarios a los menores, no se realice en los escaparates y respete otras limitaciones que detalla el artículo 9.1.b); y las publicaciones que contengan publicidad de productos del tabaco, editadas o impresas en países que no forman parte de la Unión Europea, siempre que dichas publicaciones no estén destinadas principalmente al mercado comunitario, salvo que estén dirigidas principalmente a los menores de edad.

Las prohibiciones del artículo 9 Ley 28/2005 van en ciertos aspectos más allá que las establecidas en los artículos 3 y 4 Directiva 2003/33/CE. Así, la prohibición introducida en la legislación española comprende la publicidad y promoción “en todos los medios y soportes”, de manera que comprende también medios o soportes como boletines de asociaciones locales, programas de manifestaciones culturales, carteles, guías telefónicas, folletos u octavillas, ceniceros o salas de cine, que de acuerdo con la STJCE de 12 de diciembre de 2006 se hallan al margen de la

prohibición contenida en el artículo 3 de la Directiva 2003/33/CE. Aunque en principio la Directiva impide que los Estados miembros adopten medidas más restrictivas –pues conforme a su art. 8 los Estados miembros no pueden prohibir o restringir la libre circulación de los productos o servicios que sean conformes a la Directiva–, cabe entender que esta regla del artículo 9 Ley 28/2005 es compatible con la Directiva en la medida en que sólo implica la imposición de una prohibición con respecto a medios o soportes publicitarios que por carecer de alcance transfronterizo y no generar obstáculos a los intercambios ni distorsiones a la competencia se hallan al margen del ámbito de aplicación de la Directiva. Esta exclusión del ámbito de la Directiva, a la luz de la STJCE de 5 de enero de 2000 sobre su precedente, es necesaria para respetar el alcance de la atribución competencial que realiza el artículo 95 TCE, en el que la Directiva se funda. Igual conclusión se impone en lo relativo a que el artículo 9.1 prohíbe con carácter general el patrocinio de los productos del tabaco y no sólo con respecto a los acontecimientos o actividades que tengan carácter transfronterizo como hace el artículo 5 Directiva 2003/33/CE

Por lo tanto, con respecto a la publicidad en soportes o medios no regulados por la Directiva por carecer de dimensión transfronteriza, el Derecho comunitario no impone al legislador español ningún compromiso de prohibición publicitaria. En este contexto se encuadra la previsión de la disposición adicional novena Ley 28/2005 en el sentido de que a los clubes privados de fumadores, legalmente constituidos como tales, no les será de aplicación lo dispuesto en esta Ley, relativo a la prohibición de fumar, publicidad, promoción y patrocinio, siempre que se realice en el interior de sus dependencias y los destinatarios sean única y exclusivamente los socios. Por otra parte, la circunstancia de que con respecto a los medios y soportes regulados en la Directiva, los Estados miembros no pueden imponer restricciones adicionales se corresponde con que las dos excepciones previstas en el artículo 3.1 de la Directiva aparecen recogidas también como excepciones a la prohibición en las letras a) y c) del artículo 9.1 Ley 28/2005.

29. Por su parte, el artículo 10 Ley 28/2005, bajo el título “reglas aplicables a denominaciones comunes”, prohíbe el empleo de nombres, marcas, símbolos o cualesquiera otros signos distintivos que sean utilizados para identificar en el tráfico productos del tabaco y, simultáneamente, otros bienes o servicios y sean comercializados u ofrecidos por una misma empresa o grupo de empresas, precisando en su apartado 2 que se entiende por grupo de empresas a estos efectos. Por su parte, la disposición transitoria segunda Ley 28/2005 fija el régimen transitorio de las denominaciones comunes, de manera que admite que se sigan utilizando aquellas que hubieran sido comercializadas antes de la

entrada en vigor de la Ley.

La prohibición del empleo de esos signos distintivos para la publicidad y promoción de esos otros bienes o servicios constituye un supuesto de regulación de la publicidad indirecta que es conforme con el Derecho comunitario en la medida en que esa modalidad publicitaria no es objeto de regulación en la Directiva 2003/33/CE. En concreto, el considerando 12 de la Directiva 2003/33/CE establece de manera expresa que la publicidad indirecta es una forma de publicidad que no entra en el ámbito de aplicación de la Directiva, por lo que, en principio, los Estados miembros conservan la facultad de regular estas cuestiones si lo consideran necesario para garantizar la protección de la salud humana. Ahora bien, la interpretación de esas normas de la Ley 28/2005 en el sentido de que prohíben no sólo el empleo del signo en la publicidad de esos otros productos o servicios sino también en los productos mismos – como parece desprenderse de su texto- puede plantear dificultades desde la perspectiva de su compatibilidad con el Derecho comunitario<sup>68</sup>, en particular, cuando esos productos o servicios puedan comercializarse con ese signo en el Estado miembro de origen (al no incorporar reglas tan estrictas sobre este particular como las de la Ley 28/2005), lo que provoca que el alcance del tenor literal de esas normas de la Ley 28/2005 pueda colocar en una situación de desventaja competitiva a los productores españoles.

30. En las materias reguladas en la Directiva ésta lleva a cabo una armonización plena y de máximos, por lo que el legislador español ciertamente no puede imponer restricciones más estrictas que las previstas en la Directiva, pero tampoco puede dejar de aplicar en toda su extensión las prohibiciones que la Directiva impone. A este respecto, resulta clave que la disposición transitoria quinta Ley 28/2005 incorporó una excepción temporal a la publicidad y patrocinio de los productos del tabaco que no aparecía prevista en la Directiva 2003/33/CE, cuyo plazo de transposición terminaba el 31 de julio de 2005. En concreto, esa disposición excluía de la prohibición de publicidad y patrocinio del tabaco en todos los medios durante un periodo de tres años desde la entrada en vigor de la Ley “a la publicidad y patrocinio que incorporen los equipos participantes en competiciones y eventos deportivos del motor con efectos transfronterizos,

---

<sup>68</sup> Como la prohibición de la publicidad indirecta además de su impacto sobre el derecho a la libertad de expresión puede menoscabar los derechos de los titulares de marcas, las restricciones a la publicidad indirecta tienden a limitarse en los países de nuestro entorno estrictamente a la utilización de la marca con clara intención o efecto de hacer publicidad de los productos en cuestión, sin excluir otros posibles actos de explotación de la marca llevados a cabo de buena fe, *vid.* U. Fritze, “Der Einfluß von Werbebeschränkungen auf Marken”, *GRUR Int.*, 2000, pp. 387-392 y 700-701, p. 700.

en su vestuario, complementos, instrumentos, equipamientos, prototipos y/o vehículos”.

Se trata ciertamente de una excepción a la prohibición no contemplada en el artículo 5 de la Directiva que prohíbe la prohibición del patrocinio de las actividades transfronterizas sin periodo transitorio. Por ello, su inclusión en la Ley 28/2005 motivó el inicio contra España de un procedimiento de infracción por la Comisión por incorrecta transposición de la Directiva. Para evitar la demanda por parte de la Comisión ante el TJCE esa disposición transitoria ha sido derogada mediante Real Decreto-Ley 1/2007, de 12 de enero<sup>69</sup>.

## V.2. Tratamiento de la publicidad transfronteriza

31. El artículo 9 Ley 28/2005 sólo hace referencia expresa a la publicidad transfronteriza al incorporar en el artículo 9.1.c) la excepción a la prohibición de la publicidad de los productos del tabaco contenida en el artículo 3 Directiva 2003/33/CE con respecto a las publicaciones impresas y editadas en terceros países que no estén destinadas principalmente al mercado comunitario. Esta regla puede resultar de particular interés con respecto a la publicidad difundida en servicios de la sociedad de la información, pues del artículo 3.2 Directiva 2003/33/CE resulta que la publicidad incluida en servicios de la sociedad de la información se halla prohibida en los mismos casos que en la prensa y las publicaciones impresas, lo que se proyecta sobre la interpretación del artículo 9 Ley 28/2005 de conformidad con la Directiva. En todo caso, con respecto a los servicios de la sociedad de la información determinar cuando se hallan destinados principalmente al mercado comunitario requiere un análisis específico, teniendo en cuenta que por las características de Internet no bastará para apreciar que concurre esa circunstancia por el simple hecho de que los contenidos estén accesibles en la Unión Europea. La incorporación de esa excepción en el artículo 9.1.c) Ley 28/2005 viene impuesta por el carácter de armonización de máximos de la Directiva, que en las materias que regula no permite que los Estados miembros impongan restricciones adicionales.

Por ello resulta problemática la inclusión en el artículo 9.1.c) Ley 28/2005 de un último inciso que no figura en la Directiva y que deja al margen de la excepción a la prohibición publicitaria las publicaciones editadas en terceros Estados y no destinadas principalmente al mercado

---

<sup>69</sup> *BOE* núm. 12, de 13.01.2007. Mediante Resolución de 8 de febrero de 2007, del Congreso de los Diputados, se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación de ese Real Decreto ley (*BOE* núm. 39, de 14 de febrero de 2007).

comunitario cuando “estén dirigidas principalmente a los menores de edad”. Este inciso no parece justificado a la luz del contenido de la Directiva.

32. Aunque la Ley 28/2005 no contempla de manera específica la publicidad dirigida exclusivamente a terceros Estados, cabe entender que su prohibición de la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco se proyecta también con respecto a la que se incluya en medios que puedan estar destinados exclusivamente a terceros Estados. Conforme al artículo 13.2 del Convenio marco de la OMS, la prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco comprenderá, de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga la Parte en cuestión, una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio transfronterizos originados en su territorio