

VARIACIONES SOBRE LA LIMITACIÓN DE
COMPETENCIAS: LA ANULACIÓN DE LA
DIRECTIVA DE PUBLICIDAD DEL TABACO
(Comentario a la sentencia del TJCE de 5 de octubre de
2000, asunto C-376/98)

JOSÉ M. DE AREILZA CARVAJAL*

«Simplemente, no hay un núcleo de soberanía que los Estados miembros pueden invocar, como tal, frente a la Comunidad»

Koen Lenaerts, «Constitutionalism and the Many Faces of Federalism», *American Journal of Comparative Law*, 1990

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia de 5 de octubre de 2000 anulando la directiva de publicidad del tabaco puede entenderse como una variación en dos sentidos. En el literal, se trata de un pronunciamiento novedoso del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ante el problema constitucional de la ausencia de límites claros al ámbito de competencias comunitarias. El Tribunal entra de lleno en esta cuestión principal del debate europeo a través del control de la elección de base jurídica. Pero también la sentencia se puede entender como una variación en el sentido de la técnica musical que enamoró a los primeros compositores barrocos. La variación es entonces un ensayo de partir de un elemento de fondo —el problema de

* Profesor de Derecho Comunitario, Instituto de Empresa, Madrid.

los límites a las competencias comunitarias— a partir del cual se prueban ordenadamente argumentos y matices distintos para volver al final al elemento original, el cual ha estado presente y ha sido revelado a lo largo de toda la composición.

En las páginas siguientes nos centramos en el razonamiento del Tribunal sobre las cuestiones sustantivas del asunto y dejamos de lado los aspectos procesales. Valga la advertencia que sólo hacemos un primer análisis de la decisión del Tribunal, sin la profundidad que merece y sin agotar las numerosas observaciones a las que sin duda invita la relevancia del caso.

2. UNA REFERENCIA AL DEBATE EUROPEO SOBRE LA LIMITACIÓN DE COMPETENCIAS COMUNITARIAS

Antes de analizar la sentencia, parece apropiado recordar, aunque sea en síntesis, los elementos principales del debate europeo sobre limitación de competencias comunitarias, decisivo para situar en contexto y valorar la decisión del Tribunal de Justicia. Como ha explicado Joseph Weiler¹ en el proceso de integración europea, la división de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros no ha sido entendida como un valor en sí mismo, o a través de una visión esencialista. Más bien al contrario, durante mucho tiempo la división de competencias ha quedado subordinada al desarrollo de los objetivos del Tratado, de acuerdo con las decisiones en cada momento del poder político comunitario. Las competencias atribuidas a las instituciones comunitarias por dicho texto jurídico se han interpretado paulatinamente por Gobiernos, Comisión y Parlamento de modo extensivo, creándose poderes implícitos o recurriendo al uso frecuente de la cláusula de poderes elásticos. Una mentalidad de funcionalismo y flexibilidad se ha impuesto en las primeras décadas de integración y, en no escasa medida, sigue vigente hoy².

Así, en Maastricht, cuando un buen número de Estados miembros pidieron abordar el asunto de restablecer límites a las competencias comu-

¹ Cfr. el estudio de Joseph Weiler para el Parlamento Europeo, en el que usa como caso ilustrativo el entonces borrador de directiva de publicidad del tabaco, «The Division of Competences in the European Union», Working Paper, Political Series, W-26, marzo 1997.

² Cfr. el cuidado análisis del debate competencial en la Unión Europea de Renaud DEHOUSSE, «Are There Limits to Growth?», *Europe after Maastricht: an Ever Closer Union?*, ed. Renaud Dehousse, LBE, Beck, 1994, 103-125.

nitarias, lo que hicieron fue codificar el flexible principio de subsidiariedad, además de crear la división en los llamados pilares y establecer algunas limitaciones a la capacidad comunitaria de armonizar ciertas políticas³. Y estos mismos actores nacionales introdujeron nuevas competencias expresas en el Tratado y acordaron la extensión de la toma de decisiones por mayoría en el Consejo a nuevas materias. En la reforma posterior de Ámsterdam de 1997, tampoco se ha optado por medidas más estrictas de control de la expansión tácita de las competencias comunitarias, sino que ha seguido predominando el funcionalismo y se han dado pasos para dotar de nuevas competencias a la Comunidad o facilitar su ejercicio. Con toda probabilidad, la reforma de Niza de diciembre de 2000 será en este aspecto de posible limitación competencial continuadora de las dos anteriores.

No obstante, desde la accidentada ratificación del Tratado de la Unión Europea algo ha cambiado en el contexto político europeo respecto a lo que algunos autores han llegado a llamar la virtual competencia general comunitaria⁴. En primer lugar, hay un debate público en muchos Estados miembros sobre la cuestión de hasta donde debe llegar la acción comunitaria, unida a otras importantes preguntas sobre la legitimidad y la democracia en el desarrollo actual y futuro de la Comunidad. Este debate de resonancias federales sobre límites materiales no había tenido lugar mientras las competencias comunitarias crecían en las décadas de los setenta y ochenta.

En segundo lugar, existe el deseo en importantes actores nacionales y comunitarios de encontrar límites jurídicos y políticos a la actuación de la Comunidad, como forma de restablecer el equilibrio a favor del ámbito regional, y en algunos casos, regional. En el diseño de una Europa federal a medio plazo que ha esbozado recientemente el actual Ministro de Asuntos Exteriores alemán, la propuesta más nítida es una clara delimitación en el Tratado de las competencias comunitarias y nacionales, mediante la redacción de listas, un elemento constitucional ajeno a la expe-

³ Cfr. el análisis sobre la introducción del principio de subsidiariedad en el ordenamiento jurídico comunitario en José M. DE AREILZA CARVAJAL, «El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 45, septiembre-diciembre 1995.

⁴ Cfr. la descripción que hace Joseph Weiler del crecimiento de las competencias comunitarias y su explicación política en un texto que tiene ya casi valor canónico, «The Transformation of Europe», versión revisada e incluida en «The Constitution of Europe», Cambridge University Press, 1999, 39-59.

riencia comunitaria y de tipo esencialista, incluso anacrónico, pues evoca un federalismo dual que de hecho no se da en ningún sistema político contemporáneo con una división de poderes vertical⁵.

De modo parecido, los intentos franco-germanos a lo largo de la Conferencia Intergubernamental 2000 de facilitar la puesta en marcha de cooperaciones reforzadas en el ámbito comunitario, pueden entenderse como un deseo de un mayor control nacional sobre la toma de decisiones y por lo tanto, de la expansión de competencias, aunque la proliferación de cooperaciones también puede conducir a más crecimiento competencial, afectando inicialmente a menos participantes⁶. En definitiva, en el debate político europeo empieza a abrirse paso la idea de que la Unión Europea no debe tener una competencia ilimitada, aunque existan muchas actitudes y acciones que contradigan esta progresiva toma de conciencia.

Tradicionalmente, el Tribunal de Justicia ha sido en el ámbito de delimitación competencial una fuerza pro-integracionista y no ha establecido límites jurídicos estrictos a la competencia comunitaria, evitando hacer una lectura restrictiva del ámbito material del Tratado a partir del principio de atribución de competencias. Pero no sólo ha dejado hacer al poder político. Durante varias décadas creó incentivos para que las instituciones políticas europeas aprobasen normas de armonización en muchos sectores de la vida económica y social de los Estados miembros, en buena parte a través de su jurisprudencia del artículo 28 TCE, que permitía a las instituciones hacer una delimitación amplia del concepto de mercado interior. Esta línea jurisprudencial sólo fue alterada en 1993, una vez la integración positiva estaba en pleno desarrollo⁷.

⁵ Cfr. el discurso de Joschka Fischer, en la Universidad Humboldt de Berlín el 12 de mayo de 2000, «De la Confederación a la Federación: Ideas sobre la Finalidad de la Integración Europea», recogido en el simposio de la Cátedra Jean Monnet de Harvard sobre «Respuestas a Joschka Fischer», en Harvard Jean Monnet Working Papers, 7/00, 2000.

⁶ Cfr. las reflexiones sobre el efecto que pueden tener las cooperaciones reforzadas sobre el crecimiento competencial comunitario en José M. DE AREILZA, *Enhanced Cooperation in the Treaty of Amsterdam: some critical remarks* (Harvard Jean Monnet Papers No. 13/98, 1998) y José M. DE AREILZA y A. DASTIS, 'Flexibilidad y Cooperación Reforzada: ¿Nuevos Métodos para una Europa Nueva?', (1997) 1 *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 9-28 y 'Cooperaciones Reforzadas en el Tratado de Amsterdam: Misión Cumplida?', (1998) *Gaceta Jurídica de la CE* (serie D-29), 107-142.

⁷ Cfr. el análisis del artículo 28 TCE desde una perspectiva constitucional que hace Miguel POIARES MADURO en su obra *We the Court: the European Court of*

En los últimos años, el Tribunal de Luxemburgo ha sido criticado por no haber fallado claramente en alguna ocasión que una norma comunitaria es *ultra vires* y haber corregido la tendencia centralizadora del proceso político europeo⁸. El Tribunal Constitucional alemán y otros Altos Tribunales de varios Estados miembros en sentencias posteriores a la negociación de Maastricht, han interpretado que son ellos los que tienen la última palabra a la hora de juzgar sobre la delegación de competencias de los Estados miembros a la UE, o lo que en la práctica es lo mismo, hasta dónde llegan las competencias de la UE⁹.

Tal vez estos tribunales nacionales reclaman que el pacto implícito para la constitucionalización de los Tratados por el Tribunal de Luxemburgo en el período fundacional comunitario (la elaboración de las doctrinas de efecto directo, primacía y protección de derechos fundamentales) partía de la existencia de una Comunidad de competencias limitadas¹⁰. O quizá simplemente han reflejado la preocupación ciudadana por la expansión continua de áreas en las que legisla la Unión y la ausencia de límites jurídicos o políticos a este crecimiento, que de hecho modifica la forma en la que se gobiernan los Estados miembros.

En general, se puede decir que hasta ahora el tribunal tiende a remitir al proceso político la polémica cuestión de establecer límites tangibles al poder central. Pero la experiencia comparada de los sistemas políticos en los que hay una división vertical del poder, enseña que los jueces constitucionales deben establecer límites jurídicos a la competencia federal (o contribuir a expandirla mediante una decisión expresa) cuando el proceso político no logra restablecer el equilibrio oportuno, de acuerdo con la identidad constitucional de cada polis. Como veremos en los apartados siguientes, en la sentencia anulando la directiva del tabaco, el Tribunal de Justi-

Justice and the European Economic Constitution, Oxford University Press, 1997. Cfr. también el artículo de José M. DE AREILZA CARVAJAL y Belén BECERRIL ATIENZA, «La nueva interpretación del artículo 30 del TCE: limitación de competencias por la puerta de atrás», *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 51, septiembre-diciembre 1997.

⁸ *Idem*, 209.

⁹ Cfr. Joseph WEILER, *Der Staat 'über alles': Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, Harvard Jean Monnet Papers, no. 7/95, 1995.

¹⁰ Cfr. la teoría al respecto de Joseph WEILER en «The Least Dangerous Branch: a Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration», en *The Constitution of Europe*, op. cit.

cia de la CE decide la limitación de competencias comunitarias nada menos que en un supuesto de armonización para establecer el mercado interior vía artículo 100 TCE, de la mano del control de la elección de base jurídica y el principio de proporcionalidad en su utilización.

3. LA DIRECTIVA 98/43/CE Y LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Esta Directiva fue presentada por el legislador comunitario como una medida de mercado interior, cuya finalidad también era mantener un alto nivel de protección de la salud humana, aunque la responsabilidad principal de obtener este objetivo seguía siendo de los Estados miembros en sus ámbitos nacionales. La base jurídica utilizada fueron los antiguos artículos 100 A, 57. 2 y 66 del Tratado CE (hoy artículos 95, 47 y 55, aunque los citaremos por su numeración anterior, tal y como la sentencia lo hace). Desde una perspectiva de mercado interior, el legislador comunitario reaccionaba ante la disparidad de regulaciones nacionales en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco, que podían dificultar la libre circulación de los medios de soporte de estas actividades y la libre prestación de servicios, así como provocar distorsiones de la competencia. La Directiva eliminaba dichas barreras aproximando las normas relativas a la publicidad y al patrocinio de los productos del tabaco, dejando a los Estados miembros la posibilidad de legislar para proteger la salud de las personas¹¹.

La Directiva aproximaba disposiciones nacionales sobre salud y había sido preparada por expertos en asuntos relacionados con la protección de la salud y a partir de estudios según los cuales la prohibición de publicidad del tabaco tiene un efecto positivo sobre la salud, ya que la publicidad no sólo influye sobre la elección de marca sino que permite aumentar el número de fumadores. En una redacción anterior, el proyecto de norma contenía en su parte introductoria algunos considerandos sobre la importancia de la acción europea en la lucha contra el cáncer y sobre el tabaco como causa de numerosas muertes al año. Sólo al final de su

¹¹ De conformidad con su artículo 5, la Directiva no afecta a la facultad de los Estados miembros de establecer, dentro de los límites del Tratado, requisitos más estrictos con respecto a la publicidad o al patrocinio de productos del tabaco, cuando los consideren necesarios para proteger la salud de las personas.

tramitación se añadieron los artículos 57 y 66 TCE sobre libre prestación de servicios y libertad de establecimiento a la base jurídica del artículo 100 A.

En concreto la medida anulada contiene una prohibición casi total, en su artículo 3, apartado 1, de toda clase de publicidad o de patrocinio de los productos del tabaco y, en su artículo 3, apartado 4, de la distribución gratuita cuyo objetivo o efecto sea la promoción de estos productos. Quedan fuera de su ámbito de aplicación aspectos limitados como la publicidad en los puntos de venta, en comunicaciones profesionales y la contenida en publicaciones editadas e impresas en países terceros que no estén destinadas principalmente al mercado comunitario (artículo 3, apartado 5).

La Directiva prohíbe asimismo la utilización del mismo nombre a la vez para los productos del tabaco y para otros bienes y servicios, salvo para los bienes y servicios comercializados antes de esta fecha con un nombre utilizado también para un producto del tabaco, para los cuales se autorizaba la utilización de este nombre con determinadas condiciones (artículo 3, apartado 2). Por otra parte, a partir del 30 de julio de 2001, los productos del tabaco no deben llevar el nombre, la marca, el símbolo o cualquier otro elemento distintivo de cualquier otro bien o servicio, salvo que dicho producto del tabaco estuviera ya comercializado con ese nombre, marca, símbolo o cualquier otro elemento antes de esa fecha (artículo 3, apartado 3, letra a). La norma establece un período de «phasing out» del patrocinio de acontecimientos organizados a escala mundial, hasta el octubre de 2006.

La Directiva fue aprobada siguiendo el procedimiento de co-decisión en el Parlamento Europeo y bajo la regla de mayoría cualificada en el Consejo de Ministros de Sanidad. Alemania votó en contra de la medida. La preparación de esta norma había estado rodeada durante varios años de un intenso debate político y económico. La transposición de la norma hubiera afectado negativamente a los intereses de las empresas tabaqueras, organizadores de grandes eventos deportivos y empresas de publicidad, y lo hubiese hecho de modo especial en algunos países, en los que no existen prohibiciones nacionales sustantivas sobre publicidad del tabaco y patrocinio por estas empresas¹².

¹² Hay siete Estados miembros en los que la publicidad del tabaco ya está prohibida en gran medida (Bélgica, Francia, Irlanda, Italia, Portugal, Finlandia y Espa-

Una vez aprobada la norma, Alemania solicitó su anulación de acuerdo con el artículo 173 TCE (hoy 230), al no poder basarse esta medida en los artículos 100 A, 57 y 66 (ni, según su opinión, en ninguna otra base jurídica comunitaria), no respetar los antiguos artículos 30 y 235 TCE (hoy 28 y 308), contradecir los principios de atribución de competencias, subsidiariedad y proporcionalidad, definidos en el antiguo artículo 3B TCE (hoy 5), y violar derechos fundamentales como el derecho de propiedad, el derecho a ejercer una actividad profesional y el derecho a la libertad de expresión.

Alemania sostuvo en primer lugar que la publicidad del tabaco en la Unión Europea es una actividad cuyos efectos no son intracomunitarios. Las campañas son nacionales, los soportes publicitarios estáticos no circulan, los soportes no estáticos (prensa y revistas) apenas circulan y, de hecho, los Estados miembros que prohíben la publicidad del tabaco en prensa de hecho aceptan importaciones de revistas con estos anuncios, debido a su impacto mínimo. Los llamados productos de diversificación del tabaco estarían regulados de forma imprecisa en la directiva, que no garantizaría su libre comercio. Tampoco sería una norma con un objetivo claro de permitir la libre competencia.

La demandante argumentó que no se justifica la utilización del artículo 100 A TCE, pues la norma no contribuye efectivamente a mejorar el mercado interior. Por el contrario, suprime el comercio de soportes no estáticos de publicidad (anuncios en revistas) y elimina la libre prestación de servicios en este ámbito —un razonamiento que en parte contradice su afirmación inicial de que no existe una dimensión intracomunitaria.

Alemania intentó establecer que sólo se puede recurrir al artículo 100 A TCE para armonizar si existen obstáculos sensibles a la competencia o a las libertades económicas fundamentales, aún sabiendo que el estándar «obstáculos sensibles» a las libertades económicas fundamentales no es utilizado por el Tribunal para controlar los límites de la armonización y no tiene fundamento en el Tratado.

Su argumento principal fue negar la posibilidad de usar la base jurídica del 100 A TCE cuando el centro de gravedad de una medida no es favorecer el mercado interior sino proteger la salud pública. La directiva comunitaria era más una medida de protección de la salud que una norma

ña). Tres Estados miembros (Reino Unido, Dinamarca y Países Bajos) han anunciado que voluntariamente convertirán el texto de la directiva anulada en derecho nacional.

para el establecimiento y mejora del mercado interior. El Tratado contiene una prohibición expresa de armonizar en este tipo de regulación sectorial, sobre salud humana, el antiguo artículo 129.4 TCE (hoy 152.4), que excluye la posibilidad de legislación comunitaria de protección de la salud.

Alemania consideró que el modo de razonamiento del asunto dióxido de titanio era válido, pero la situación bien distinta: en dicha sentencia de 11 de junio de 1991 sobre control de la elección de base jurídica, la doble finalidad de la directiva (evitar la distorsión de competencia y proteger el medio ambiente) hizo que el tribunal decidiera sobre el centro de gravedad de la medida a favor de la base jurídica horizontal, el artículo 100 A TCE, al tratarse sobre todo de una medida de mercado interior protectora del medio ambiente (y no al revés)¹³. Este razonamiento es aplicable a la directiva del tabaco, a la hora de elegir entre mercado interior y salud. Pero al ser una medida principalmente de salud, la consecuencia sería que no hay posibilidad de legislar sobre salud a partir del artículo 129 ni de una combinación de los artículos 129 y 100 A.

Los demandados (el Parlamento y el Consejo) y las partes que intervinieron en su apoyo (Reino Unido, Francia, Finlandia y la Comisión) consideraron que existe un mercado interior en el sector de publicidad del tabaco, tanto en mercancías como en servicios. Hay campañas de publicidad de diseño paneuropeo, productos publicitarios en libre circulación, el patrocinio tiene dimensión transfronteriza y la previsión es que el desarrollo de la Internet aumente esta tendencia. Las divergencias nacionales en la regulación de la publicidad del tabaco impiden concebir y ofrecer conceptos publicitarios uniformes a escala comunitaria. No obstante, instituciones y Estados intervinientes compartieron la preocupación de Alemania sobre el riesgo de justificar armonización sólo por la existencia de disparidades entre legislaciones nacionales, lo cual llevaría a una expansión de hecho de las competencias comunitarias.

Por otra parte, afirmaron que una norma basada en el 100 A no siempre debe perseguir la liberalización, sino que puede contener prohibiciones para regular el mercado y evitar mayores disparidades nacionales en el futuro.

La Comisión estimó que en la situación anterior a la directiva existían restricciones a la competencia, porque las agencias no tenían la misma

¹³ Cfr. asunto C-300/89, Comisión y Parlamento v. Consejo, (1991) Rec. I-2895.

oportunidad de obtener ganancias según su lugar de establecimiento o el mercado en el que ejerciesen su actividad, por divergencias legislativas. También en la elección del lugar para patrocinio de eventos influyen dichas divergencias de regulación que distorsionan la competencia, una opinión compartida por el Reino Unido.

Sobre el centro de gravedad de la directiva, las tres instituciones comunitarias aceptaron realizar este test y afirmaron que se trataba de una norma fundamentalmente de mercado interior, que los párrafos 3 y 4 del antiguo artículo 100 A permiten los objetivos de salud pública en este tipo de medida y que la autorización de la directiva para que los Estados miembros establezcan en sus jurisdicciones disposiciones más estrictas para proteger la salud pública demostraba el carácter accesorio y subordinado de la exigencia de protección de la salud.

4. LA OPINIÓN DEL ABOGADO GENERAL Y EL RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

El dictamen de Niall Fenelly de 15 de junio de 1998 ha contribuido en gran medida a orientar la decisión del Tribunal de Luxemburgo. Desde el primer momento del dictamen, se considera que el aspecto competencial es clave en la decisión sobre la legalidad de la medida. Afirma que sin el control de elección de base jurídica las instituciones europeas de hecho pueden gozar de competencias generales a través de la toma de decisiones por mayoría. Por eso es necesario encontrar criterios objetivos para garantizar la división constitucional de poderes entre la Unión y sus Estados miembros.

El Abogado General describe el artículo 100 A TCE como una competencia horizontal, que desplaza las competencias que tienen los Estados miembros para regular sectores concretos. Subraya, no obstante, que el poder de armonización para lograr un mercado interior no es sinónimo de un poder de gobierno económico general, o carta blanca al legislador para que actúe con tal de que su medida proyectada tenga una conexión tenue con el mercado interior. Pero el artículo 100 A TCE permite también regular en vez de liberalizar. Esta orientación es fruto del mandato del 100 A 3, que exige a la Comisión un nivel elevado de protección en sus propuestas de aproximación de las legislaciones en materia de normas de salud y lo mismo al Consejo y al Parlamento en la adopción de dichas nor-

mas. Por otra parte, en la redacción del artículo 100 A 2 en Maastricht se podría haber excluido *ratione materiae* las medidas que afecten a la salud y no se hizo (aunque sí se establece una prohibición de armonización sobre salud en el artículo 129.4 TCE)

El dictamen rechaza decidir sobre la legalidad de la directiva a partir de teorizar sobre su centro de gravedad, como proponía Alemania basándose en la sentencia sobre el asunto dióxido de titanio. Los dos objetivos de la directiva, mejorar el mercado interior y proteger la salud, se entienden «posibles, legales e inconmesurables». Es decir, no cabe compararlos en un test de equilibrio (*balance test*). No debe establecerse competencia entre políticas u objetivos. De este modo, el test que propone el Abogado General para evaluar la elección de base jurídica es evaluar si la directiva cumple con los requisitos objetivos del mercado interior. Lo hace por medio de dos pasos, primero, ver si existe una situación de disparidad de normas nacionales que da lugar a barreras al ejercicio de las libertades económicas fundamentales o que distorsionan la competencia en el sector y, segundo, garantizar que la acción comunitaria es consistente con el establecimiento y funcionamiento del mercado interior.

En el caso de la directiva del tabaco, se trataría de decidir si la medida beneficia en concreto a agencias de publicidad de tabaco, a los organizadores de eventos patrocinados y a las empresas de ese sector, independientemente de su impacto positivo sobre la protección de la salud: «la verdadera diferenciación consiste en si una medida se considera que tiene como objetivo el establecimiento y funcionamiento del mercado interior o la obtención de la libertad de prestación de servicios. No puede darse por supuesto que un nivel alto de protección de la salud supone un nivel bajo de contenido de mercado interior» (par. 66)

Es decir, no se tiene en cuenta si el objetivo distinto al de mercado interior (aquí, la protección de la salud pública) es secundario o accesorio, cuál es la intensidad con la que se desarrolla, ni tampoco (y en esto raya en el formalismo) cómo afecta este otro objetivo a la liberalización o regulación del propio mercado interior. Se considera que es un objetivo de naturaleza distinta y que se puede tratar de alcanzar de modo simultáneo e indisociable con el de mercado interior, con la intensidad que el legislador quiera. No obstante, a la vez se exige que los objetivos de funcionamiento del mercado interior se consigan con esta medida de doble finalidad.

El Abogado General concluye que la directiva contiene una prohibición casi total de este comercio y no armoniza las pocas áreas en las que

la publicidad del tabaco no es prohibida y en las que existen medidas nacionales dispares, luego no facilita la libre circulación de mercancías (en este caso, sobre todo revistas con publicidad de tabaco) y no favorece la libre prestación de servicios (agencias de publicidad, organizadores de eventos patrocinados) ni la libertad de establecimiento. Tampoco sirve para evitar la distorsión de la competencia: las condiciones de competencia del sector sólo se ven remotamente afectadas y no se justifica el uso del artículo 100 A TCE.

La directiva, lejos de tener un efecto liberalizador, permite a los Estados miembros que impongan restricciones mayores a través de nuevas medidas nacionales, una autorización que no se puede asimilar a la del procedimiento del 100.A.4, el cual en todo caso no tendría aplicación a la libre prestación de servicios. Así que la directiva tiene el efecto principal de prohibir la libre circulación de servicios y en este sentido se puede calificar como desproporcionada.

El Abogado General sugiere que el Tribunal muestre una cierta deferencia ante una armonización que no liberaliza sino que restringe el mercado interior, ya que se suele basar en un equilibrio entre valores contrapuestos que debe realizar a través de la negociación política el poder legislativo. Pero si lo que hace el legislador en nombre del mercado interior es directamente prohibir una actividad económica, entonces el tribunal debe hacer un examen más detallado de la decisión legislativa y se asegurará que está justificada la prohibición por el objetivo y contenido de la directiva a favor del mercado interior, atendiendo a los efectos de la directiva, sin tener en cuenta objetivos extra-mercado interior.

El Tribunal de Luxemburgo hace suyo en grandes líneas el razonamiento del Abogado General. Así, declara que no se puede interpretar el artículo 100 A TCE como una atribución al legislador comunitario de una competencia general para regular el mercado interior, pues sería incompatible con el principio de atribución de competencias del primer párrafo del artículo 3B TCE (hoy artículo 5).

Por ello, no basta para armonizar de acuerdo con el artículo 100 A TCE la comprobación de disparidades entre las regulaciones nacionales o la existencia de un riesgo abstracto de aparición de obstáculos a las libertades económicas fundamentales o de distorsiones a la competencia. No habría posibilidad entonces de hacer un control jurisdiccional eficaz. El test con el que el Tribunal controla el uso de la base jurídica del 100 A es si «el acto cuya validez se cuestiona persigue efectivamente los objeti-

vos invocados por el legislador comunitario» (par. 85), es decir, si mejora el funcionamiento del mercado interior, eliminando obstáculos a la libre circulación de mercancías, a la libre prestación de servicios y suprimiendo distorsiones a la competencia.

De este modo, una vez que se cumplen los requisitos para usar la base jurídica de los artículos 100 A, 57.2 y 66 TCE «no puede impedirse al legislador comunitario que se funde en esta base jurídica por el hecho de que la protección de la salud pública sea determinante en las decisiones que deben tomarse» (par. 88). Esto es debido a que el artículo 100 A 3 TCE que exige un elevado nivel de protección de la salud pública en la armonización y a que el artículo 129.1.3 TCE establece que las exigencias en materia de protección de la salud pública son un componente de las demás políticas de la Comunidad. Y todo ello a pesar de que el propio Tribunal rechaza que se puedan usar otras bases jurídicas para eludir la exclusión expresa de armonización en el ámbito de protección de la salud humana del artículo 129.4 TCE.

El Tribunal sigue al Abogado General. Evita basar su decisión sobre una teoría del centro de gravedad de la medida en cuestión y se centra en el análisis de los aspectos en los cuales la directiva favorece el mercado interior. En primer lugar, establece que las disparidades nacionales sobre regulaciones de publicidad y patrocinio de productos de tabaco pueden dificultar libre circulación y la libre prestación de servicios, así como provocar a distorsiones de la competencia.

A partir de esta constatación, considera legal la prohibición en nombre del artículo 100 A TCE de la publicidad del tabaco en revistas y periódicos con el fin de garantizar la libre circulación de estas publicaciones. El precedente más claro es la directiva 89/552, que prohíbe en su artículo 13 la publicidad televisada de los productos del tabaco, con el fin de promover la libre transmisión de los programas de televisión. Pero no está fundada la prohibición de publicidad del tabaco en carteles y objetos usados en restaurantes, cafés u hoteles ni tampoco la prohibición de anuncios publicitarios en el cine. Ninguna de las dos tiene por objeto facilitar los intercambios comerciales intracomunitarios. Sólo serían medidas aceptables si se demuestra que, aunque no contribuyen a eliminar obstáculos a las libertades fundamentales, sí son necesarias para evitar que se eludan determinadas prohibiciones que tienen este objetivo, y no es el caso.

Además la directiva no garantiza la libre circulación de los productos que se ajusten a sus disposiciones, como lo hacen otras directivas, ni en

concreto de los productos de diversificación, no pueden circular libremente una vez cumplan requisitos de la directiva.

El Tribunal no acepta que la directiva trate de evitar una distorsión a la competencia, salvo en la regulación del patrocinio de competiciones deportivas. Las empresas del sector del tabaco, las publicaciones y las agencias de publicidad que operan en países menos restrictivos respecto a la publicidad del tabaco tienen ventajas, pero los efectos de estas disparidades son remotos e indirectos sobre la competencia. Como quedó establecido en el caso dióxido de titanio, las distorsiones tienen que ser sensibles, si no la competencia armonizadora del legislador europeo no tendría límites y los poderes de la Comunidad no podría calificarse de competencias de atribución¹⁴. Bastaría para justificar una medida comunitaria la disparidad entre medidas nacionales que regulen una actividad económica, ya que cualquier disparidad repercute directa o indirectamente en condiciones de competencia de las empresas afectadas.

El Tribunal concluye declarando que los artículos 100 A, 57 y 66 TCE no son una base jurídica adecuada para la directiva y que ésta queda anulada en su totalidad, al no poder anular parcialmente las disposiciones contrarias al Tratado, pues perdería coherencia la norma. No obstante, el juez europeo establece que el artículo 100 A permite adoptar una directiva que prohíba determinadas clases de publicidad y de patrocinio del tabaco y no contenga una prohibición general. Debe ser el legislador comunitario el que proponga una modificación de la directiva, que el Tribunal no puede anular parcialmente.

Tras esta declaración, no se examinan otros motivos, pues basta la elección errónea de base jurídica para fundamentar su decisión de anulación. Pero el Abogado General sí lo hace y merece la pena analizar brevemente su razonamiento en dos ámbitos, subsidiariedad y proporcionalidad, al estar ambos relacionados con el asunto central de limitación de competencias.

Alemania había reclamado un incumplimiento del principio de subsidiariedad. En su opinión, no se habían respetado las directrices decididas en el Consejo Europeo de Edimburgo de 1992 ni las del Acuerdo Interinstitucional de 1993. No hay referencia en el preámbulo de la norma al principio de subsidiariedad y no existe elemento transfronterizo que permita justificar la necesidad de acción en el plano comunitario. La armonización vía artículo 100 A no sería una competencia exclusiva, ya que de serlo

¹⁴ Cfr. asunto C-300/89, Comisión y Parlamento v. Consejo, (1991) Rec I-2895.

el principio de subsidiariedad tendría un ámbito de aplicación muy limitado. El Abogado General resta importancia al control judicial del cumplimiento de las directrices de Edimburgo y al Acuerdo Interinstitucional, así como a la falta de mención del principio en el preámbulo. Pero su principal argumento es que la armonización vía 100 A es una competencia exclusiva de la Comunidad, a la que no es aplicable el principio de subsidiariedad. El razonamiento es el mismo que el de la Comisión Europea en la preparación del Consejo Europeo de Edimburgo en 1992: los Estados miembros no pueden armonizar el mercado interior por su cuenta, luego se trata de una competencia exclusiva.

En cuanto al principio de proporcionalidad del párrafo tercero del artículo 3B, el Abogado General considera que ya ha entrado en juego en el análisis de si la directiva es un medio efectivo de conseguir objetivos de mercado interior. Coincide con Alemania en que la medida no respeta el principio de proporcionalidad, pues no justifica en nombre del mercado interior la prohibición casi total de comercio y libre prestación de servicios.

5. VALORACIÓN DE LA DECISIÓN Y ALTERNATIVAS ARGUMENTALES

La decisión del Tribunal de anular esta directiva es un paso en la buena dirección de limitar cuando sea necesario por vía judicial europea una interpretación extensiva de las competencias comunitarias. La sentencia muestra al Tribunal de Justicia claramente actuando como un tribunal constitucional, que revisa la división de poderes vertical de la Unión Europea¹⁵.

Como hemos visto, las variaciones sobre la limitación de competencias que establece el Tribunal se centran en el control a la elección de base jurídica. De casos precedentes, se desprende que esta elección debe «basarse en elementos objetivos, susceptibles de control jurisdiccional»¹⁶, como son el contenido y la finalidad de la medida¹⁷. Esta jurisprudencia

¹⁵ Cfr. el análisis de Koen LENAERTS y Piet VAN NUFFEL sobre el control de la elección de base jurídica en «Constitutional Law of the European Union», Sweet and Maxwell, 1999, 88-90.

¹⁶ Cfr. el asunto 45/86, Comisión v. Consejo (1987) Rec 1493, par. 11.

¹⁷ Cfr. el asunto dióxido de titanio, C-300/89, Comisión v. Consejo (1991), Rec I-2867, par. 10.

sobre elección de base jurídica ya había servido para determinar la posibilidad de competencia comunitaria, frente a la competencia residual nacional ¹⁸. La anulación de la directiva del tabaco, sin embargo, se produce en un momento del proceso de integración en el que el debate político sobre la limitación de competencias, como hemos mencionado, está en pleno desarrollo y la expectación sobre la labor del Tribunal al respecto es grande.

El Tribunal acierta al no aplicar el principio de subsidiariedad a la hora de decidir la legalidad de la medida, siguiendo decisiones anteriores favorables a no interpretar este principio como un límite estricto y dejar que sea el proceso político europeo el que juzgue necesidad de ejercicio de una competencia, salvo hipotéticos casos en los que no haya razonabilidad alguna detrás de la decisión de actuar ¹⁹. El juez europeo, sin embargo, sí aplica de modo implícito el principio de proporcionalidad al exigir medidas menos drásticas en una posible eliminación de publicidad del tabaco en publicaciones de difusión intracomunitaria. Asimismo, el principio de atribución de competencias, contenido también en el artículo 3B (hoy 5), está en la base de la decisión del Tribunal.

Todas las partes están de acuerdo con el Tribunal en que la práctica legislativa europea no puede equiparar el 100 A, en el que se basa buena parte de la integración positiva europea, a algo parecido a la cláusula de comercio del artículo 1 sección 8 de la Constitución de EEUU. Es decir, dicha base jurídica comunitaria no es una cláusula abierta que justifica cualquier intervención basada en cualquier objetivo, con tal de que exista una tenue relación con el objetivo de facilitar el comercio. En esta sentencia, el Tribunal recuerda a partir de los objetivos de mercado interior del artículo cuáles son los límites del ámbito material de la armonización vía 100 A, un artículo que ha sido emblemático y central en la rápida expansión de competencias comunitaria a partir del Acta Unica Europea de 1986. Así, el Tribunal limita la extensión de la competencia horizontal

¹⁸ La jurisprudencia sobre la elección de base jurídica empieza en 1987, una vez que el control sobre la base jurídica tiene efectos prácticos importantes, al ponerse en práctica durante el desarrollo del Acta Unica Europea la toma de decisiones por mayoría cualificada en el Consejo cuando lo permite el Tratado, cfr. asunto 45/86, Comisión v. Consejo, 1987 Rec 1493, par 12.

¹⁹ Cfr. los asuntos directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo, Sentencia de 12 de Noviembre de 1996, C-84/94, (1996) Rec I-5755 y directiva sobre sistemas de garantía de depósitos, Sentencia de 13 de mayo de 1997, C-233/94 (1997), Rec I-12405.

armonizadora para establecer el mercado interior, sometiéndola al test de establecer y mejorar efectivamente el mercado interior. Las restricciones con fines protectores de distintos valores sociales y sobre todo, las prohibiciones de ciertas actividades económicas decididas por el legislador europeo pueden tener dificultades para aprobar este test, que incluye un examen de proporcionalidad. En nuestro caso, la directiva produce una prohibición doméstica de anunciar tabaco donde no la hay y una prohibición casi total de comerciar con bienes relacionados con el tabaco.

Sin embargo, siendo la anulación de la directiva una medida acertada, cabe preguntarse si el razonamiento del Tribunal no debía haber sido otro. En teoría, al Tribunal no le afecta ante el hecho de que la directiva es una medida de protección de la salud, siempre que persiga en paralelo un objetivo claro de mercado interior. El Tribunal admite que los objetivos de protección de la salud son compatibles en una misma medida con los de mercado interior, de acuerdo con el mandato de los artículos 100 A 3 y del 129.1. Sin embargo, rechaza el test de determinar el centro de gravedad de la norma, para decidir si se trata de una medida de mercado interior que vela también por la salud o una medida de salud disfrazada de mercado interior para evitar la prohibición expresa del Tratado de legislación europea en este campo. El Tribunal rehuye este tipo de razonamiento que él mismo había usado anteriormente y consagra el test de examinar si es la norma, independientemente de sus varias finalidades, es favorable al mercado interior o no. El problema es que en casos como este, el mercado interior es un objetivo secundario y el análisis se complica innecesariamente.

En nuestra opinión, en asuntos como la directiva del tabaco resulta forzado no hacer el test de centro de gravedad, ya que las consideraciones externas al mercado interior como la protección de la salud, van a explicar muchas veces elementos centrales de la regulación comunitaria vía artículo 100 A, por ejemplo las prohibiciones de actividad económica. El test de centro de gravedad tiene la virtud de hacer ese análisis de contenido y fines abiertamente, sabiendo que las medidas de mercado interior pueden afectar a la salud, pero sólo hasta cierto grado (lo que se llama un test de equilibrio o «balance test») y que a partir de determinado contenido y objetivos pro-salud las medidas dejan de ser de mercado interior.

Aparte de mejorar la transparencia del razonamiento, este tipo de test tiene la virtud de respetar el sentido literal de la prohibición expresa de armonizar medidas nacionales, como es el caso de la salud según el artícu-

lo 129.4. Así, una vez sabemos que el centro de gravedad de una medida comunitaria es más de salud que de mercado interior, la consecuencia sería la anulación²⁰. El razonamiento del Tribunal da una importancia secundaria a la prohibición de armonizar medidas de salud del artículo 129.4, porque todo el razonamiento gire en torno a si la medida persigue o no objetivos de mercado interior. Esto resulta algo artificial, ya que se admite al mismo tiempo que hay otros objetivos en paralelo que determinan su contenido ...y, de hecho, su naturaleza de medida de mercado interior o no.

Ante una norma de finalidades compuestas es difícil no comparar éstas entre sí y ver cómo influye cada una en el contenido de la medida. El propio Abogado General admite que el test de desarrollo del mercado interior incluye ver como se reconcilia el objetivo de mercado interior con intereses públicos que deben ser tenidos en cuenta por el legislador comunitario y que pueden llevar a restricciones de ciertas actividades económicas. En nuestro caso, la prohibición casi completa sólo se justifica como medida de salud pública. En un intento de salvar los aspectos de mercado interior de la directiva, sin duda compatibles con una finalidad de proteger la salud pública, el Tribunal indica en varios apartados de la sentencia que cabe adoptar una nueva directiva sobre publicidad del tabaco limitada a ciertas materias (pars. 98, 111, 117). David Byrne, comisario responsable de salud, ya ha anunciado su intención de presentar un proyecto de directiva siguiendo estas directrices.

De haber optado por un razonamiento basado en el centro de gravedad de la medida, quedaría más claro que el artículo 100 A sí que puede afectar a áreas de política nacional muy sensibles, como la salud pública o la educación u otros asuntos sociales, pero no sirve para regular directamente esas áreas, por lo que las medidas que sean principalmente sobre salud pública están excluidas del 100 A²¹.

²⁰ Un ejemplo citado por el Abogado General de medidas de finalidades compuestas de mercado interior y salud serían es la Directiva 89/552/EEC de 3 de octubre de 1989, en la que se establece la prohibición de publicidad televisiva o venta televisiva de tabaco y otro la Directiva 89/622 de 13 de noviembre de 1989 sobre etiquetaje del tabaco, que obliga a avisar con una etiqueta de los riesgos para la salud por el consumo de tabaco. Ninguna de estas normas tienen un impacto liberalizador, sino protector, pero en ambas el centro de gravedad se puede argumentar que es el desarrollo del mercado interior.

²¹ Cfr. el análisis sobre el test de centro de gravedad para casos similares de elección de base jurídica que hace Joseph WEILER en «The División of Competences in the European Union», op. cit

Por otra parte, de aceptarse esta línea de argumentación, se podía haber establecido, siguiendo la propuesta doctrinal de Joseph Weiler, que el artículo 100 A sólo puede regular o afectar de lleno a aquellas áreas sustantivas en las que la Comunidad tiene competencia legislativa expresa, estableciendo una distinción importante entre competencia original o primaria de la Comunidad (mercado interior, medio ambiente) y derivada o secundaria (salud, educación), ámbitos en los que la Comunidad sólo puede afectar indirectamente normas nacionales pero no armonizarlas²².

Con este razonamiento, estaríamos siendo consecuentes con la jurisprudencia anterior del Tribunal sobre elección de base jurídica. Se seguiría exigiendo que cuando una medida comunitaria persigue mayormente objetivos propios de una política vertical, aunque afecte el funcionamiento del mercado interior, se utilice la base jurídica específica²³. Pero esta exigencia se aplicaría también si no existe la base jurídica específica; entonces el resultado sería la imposibilidad de actuar en el plano comunitario.

Así, el control objetivo sobre la elección de base jurídica basado en el contenido y la finalidad de la norma no sólo se aplicaría a casos con dos bases jurídicas posibles, sino también a casos con una sola base jurídica posible, frente a la cual la alternativa en el Tratado sería el artículo 235 TCE, si es que cabe esta justificación, o la prohibición de acción comunitaria, ante la ausencia de atribución de poder a la Unión.

El Abogado General considera esta posibilidad, pero afirma que esto contradiría el carácter horizontal y funcional del artículo 100 A: «la exclusión de armonización en el artículo 129.4 no puede afectar a la competencia del 100 A» (par. 92). Sin embargo, el propio 100 A está en tensión vertical con todas las competencias nacionales residuales y la prohibición expresa del 129.4 pierde fuerza si se hace una interpretación tan extensa del ámbito material del 100 A, que podría llegar a autorizar la regulación de cualquier materia social.

En conclusión, creemos que el Tribunal podría haber elegido un razonamiento que condujera a una limitación más estricta de las competencias comunitarias en situaciones de prohibición expresa de armonización por el Tratado y a una declaración más solemne de medida *ultra vires*. La anulación de la directiva no era una decisión fácil, puesto que su conteni-

²² De acuerdo con Joseph WEILER, la regla sería que no se puede elegir una base jurídica como el artículo 100 A para legislar en materia donde no hay competencia comunitaria de armonización, *idem*.

²³ Cfr. asunto 68/86, Reino Unido v. Consejo (1988), Rec 855, par. 14.

do a favor de la salud recibía un merecido y extenso apoyo social y la norma fue respaldada por el Parlamento y catorce Estados miembros en el Consejo. El Tribunal se arriesgaba a ser acusado de falta de sensibilidad hacia el daño a la salud que produce la industria del tabaco, un sector además con una capacidad de influencia política, económica y mediática enorme. El dilema era difícil de resolver. Pero una vez optado por estas variaciones sobre la limitación de competencias a través del control de la elección de base jurídica, la clara exclusión de la armonización de medidas nacionales sobre salud habría fortalecido su credibilidad ante actores nacionales preocupados por la falta de límites tangibles a la competencia comunitaria. En todo caso, con la anulación de la directiva del tabaco, el juez europeo entra en escena como garante de la limitación de competencias en un momento en el que esta importante cuestión está en el centro del debate constitucional europeo.

JURISPRUDENCIA

