

La publicidad del tabaco en el derecho español

Bernardo Hernández-Bataller

Secretario General de la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC)

La protección constitucional

El artículo 20 de la Constitución, reconoce –entre otros- los derechos siguientes: a) libertad de expresión y difusión de pensamientos, ideas y opiniones a través de cualquier medio de reproducción; b) derecho a comunicar y recibir información libre y veraz. Además, dicho precepto señala expresamente la existencia de límites a los derechos reconocidos en el propio artículo. Estos límites pueden ser a su vez genéricos y específicos. Entre los límites genéricos están el respeto a los derechos del Título I de la Constitución y el respeto a los preceptos de las leyes de desarrollo de tales derechos. Y entre los límites específicos tenemos el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen; y, la protección de la juventud y de la infancia.

La estructura del artículo 20 de la Constitución es, pues, compleja y significativa. Sobre todo porque representa el establecimiento de remisiones al legislador en un artículo que, por exigencias de la propia Constitución está afectado por la reserva de ley en este caso Orgánica ya que se trata de un derecho de la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I), y por la necesidad del respeto al “*contenido esencial*” impuesto por el artículo 53, 1º del texto constitucional, al mismo tiempo que la estructura constitucional le garantiza la aplicabilidad directa sin necesidad de esperar a la aprobación de la legislación de desarrollo.

La interpretación del artículo 20 de la CE ha de realizarse, a tenor de lo dispuesto por el artículo 10,2 de la CE, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y convenios internacionales sobre estas materias ratificados por España. De la jurisprudencia existente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo TEDH) se desprende:

1. La configuración de la libertad de expresión y el derecho a recibir información como un derecho globalmente considerado; si bien se les conceden efectos distintos: las informaciones pueden ser objeto de prueba mientras que no suceda así con la expresión libre de opiniones.
2. La publicidad constituye una materia incluida en la libertad de expresión e información (Sentencias del TEDH de fecha 25 de marzo de 1985, “Caso Barthol”, de 20 de noviembre de 1989, “Caso Markintern Verlag GmbH y Klaus Beerman”; y “Caso Casado Coca”), y en consecuencia sometida a los mismos límites garantías que ésta.
3. La exigencia de fidelidad a las condiciones que han de cumplir los límites para que éstos puedan ser compatibles con el Convenio, y éstas son que: a) vengan descritas en la ley; b) persigan una finalidad legítima; c) justifiquen la necesidad de imponer límites en una sociedad democrática; d) exista la necesaria proporcionalidad entre la limitación impuesta y el fin legítimo

perseguido; e) son los propios Estados los que controlan el margen de apreciación del establecimiento de los límites (Casos "Engel y otros"; "De Wilde, Ooms y Versyp Golder"), pero este margen de apreciación no atribuye a los Estados un poder ilimitado y este margen de apreciación se ve sometido a la supervisión europea (Caso "Handyside").

Por su parte, la doctrina del Tribunal Constitucional viene reconociendo que "*los derechos fundamentales no son derechos absolutos*" (STC 181/90, FJ-3º). Pero, ¿cuáles son los valores vigentes en materia de derechos constitucionales?. La respuesta nos parece encontrarla en la doctrina del Tribunal Constitucional, que en Fundamento Jurídico (FJ) 7º de la STC 11/81 establece:

"El artículo 53 de la Constitución permite que se regule el ejercicio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I, siempre que en tal regulación se respete y no se rebase el contenido esencial"

"el movimiento pendular ente la amplitud y la generosidad o la restricción ... es una decisión política que tiene que adoptar el legislador ordinario sin más límite que los que el derecho fundamental tenga, pues ningún derecho, ni aún los de naturaleza o carácter constitucional, pueden considerarse como ilimitados "

"La Constitución establece por sí misma los límites a los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos"

En el mismo sentido, las STC 2/82FJ-5º; STC 91/83 FJ-3º; STC 110/1989 FJ-5; STC 120/90 FJ-8º; y la STC 181/90 FJ-3º. En consecuencia, podemos resumir: los derechos fundamentales *no son ilimitados*; sus limitaciones pueden ser establecidas en su regulación según el *criterio político* del legislador ordinario en ese momento histórico; los *límites* a los derechos fundamentales se pueden *derivar* de la *propia Constitución* directamente, o indirectamente por la necesidad de *proteger o preservar otros derechos fundamentales*, u *otros bienes constitucionalmente protegidos*; en cualquier caso, el legislador ha de respetar el *contenido esencial* del derecho fundamental.

Hay que delimitar el concepto de "*contenido esencial*" del derecho fundamental, y si el legislador ha de respetar otros criterios al establecer límites a los mismos, lo cuál queda establecido en la STC 120/90 que en su FJ-8º (reitera la STC 137/90, FJ-6º y la STC 57/94 FJ- 6º), y que coinciden con la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que:

"las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho más allá de *lo razonable*" (STC 53/1986 FJ-3º).

Las medidas limitadoras han de ser "*necesarias para conseguir el fin perseguido*" (SSTC 62/1982 FJ-5º y 13/1985 FJ-2º).

Se han de dar "*proporcionalidad* entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se le impone" STC 37/1989 FJ-7º).

Y respetar su "*contenido esencial*" (SSTC 11/1981 FJ-10º, 196/1987 FJ-4º Y 6º; 197/1987 FJ-11º) si tal derecho puede aún ejercerse.

Así, la STC 11/1981 FJ-8º aclara que se entiende por contenido esencial :

"aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicos que dan vida al derecho resulten real, concreta y efectivamente protegidos".

El propio FJ-10º de la indicada Sentencia vuelve sobre la cuestión declarando lo siguiente:

“... entendemos por contenido esencial aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución se otorga el derecho”.

La Ley 34/1988, de 11 de noviembre General de Publicidad

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 149, 1, 1º, 6º y 8º de la Constitución - en cuanto competencia que corresponde al Estado- y, respondiendo al mandato constitucional contenido en los artículos 20,1 letra d) y 51 de la Constitución se promulgó esta ley que regula el fenómeno publicitario como parte del “*ius communicationis*”. En su Exposición de Motivos establece que en la Ley

“se articulan asimismo las diferentes modalidades de intervención administrativa en los casos de productos, bienes actividades o servicios susceptibles de generar riesgos para la vida o la seguridad de las personas”.

Es decir, se reconoce la posibilidad de intervención administrativa, en atención a preservar el derecho a la salud protegido en el artículo 43 de la Constitución, ante la publicidad de determinados productos cuyo consumo generan riesgos a la misma y, ente los que se encuentran las bebidas alcohólicas y el tabaco. El artículo 8º de la Ley 34/1988 contiene unas serie de regímenes jurídicos especiales para determinadas actividades publicitarias. Estas actividades concretas son las siguientes:

- 1.- Publicidad de materiales o productos sanitarios.
- 2.- Publicidad de materiales o productos sometidos a reglamentaciones técnico sanitarias.
- 3.- Publicidad de productos y servicios de generar riesgos para la salud y seguridad de las personas.
- 4.- Publicidad relativa a juegos de suerte, envite o azar.
- 5.- Publicidad de estupefacientes, psicotrópicos y medicamentos destinados al consumo de personas o animales.
- 6.- Publicidad de bebidas alcohólicas y tabacos.

La existencia de estas actividades concretas implica la existencia de unos regímenes publicitarios especiales; esto es, las citadas actividades podrán ser reguladas por una serie de disposiciones de carácter limitativo a su comunicación comercial, por una parte, y cabrá la posibilidad de un sometimiento al régimen de autorización administrativa previa cuando la protección de los valores constitucionalmente reconocidos así lo requieran. En todo caso, las reglamentaciones reguladoras de estas actividades deberán contener las especificaciones enumeradas en el artículo 8,2º de la Ley 34/1988. Las especificaciones dispuestas por el citado precepto son las siguientes: a) la naturaleza y características de los productos, bienes, actividades y servicios cuya publicidad sea objeto de regulación. Estos reglamentos establecerán la exigencia

de que en la publicidad de estos productos se recojan los riesgos derivados, en su caso, de la utilización normal de los mismos; b) La forma y condiciones de difusión de los mensajes publicitarios; c) los requisitos de autorización y , en su caso, registro de la publicidad, cuando haya sido sometida al régimen de autorización administrativa previa.

Por su parte, la Ley 13/1998, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, contempla una nueva regulación de la actividad promocional y de la publicidad. En el artículo 6 de la Ley se establece que:

“los operadores en el mercado de tabacos sólo podrán desarrollar las actividades promocionales y publicitarias previstas por la Ley 34/1988 General de Publicidad, y por otras leyes y reglamentos, con las limitaciones establecidas por la normativa sanitaria”.

Se recoge así la prohibición de realizar actividades promocionales destinadas a los expendedores y titulares de autorización de punto de venta con recargo, ni utilizar a éstos o aquellos como vía o instrumento para la entrega de incentivos dirigidos al público, con excepción de la información en la red, evitando cualquier tipo de presión de forma contraria a los principios sanitarios que presiden la lucha contra el tabaquismo. Por otro lado, se establece un sistema de comunicación previa para la publicidad de dicho producto, en concreto la nueva Ley señala que: “las campañas y planes de publicidad de labores de tabaco se comunicarán antes de su inicio al Organismo autónomo Comisionado para el Mercado de Tabacos, quien, en el plazo de siete días siguientes a la comunicación, podrá, si considera fundadamente que no se ajustan a los principios generales establecidos por las leyes, suspender su desarrollo, dando traslado de las actuaciones al órgano competente en materia sanitaria o, en su caso, al órgano administrativo o jurisdiccional que proceda”.

Esta Ley 13/1998 ha sido desarrollada por el Real Decreto 1199/1999 de 9 de julio de 1999, que establece lo siguiente: 1) en su artículo 10 regula la “*publicidad de la labores de tabaco*”, disponiendo: en el apartado 2º que la publicidad de marcas o productos en las expendedorías, sólo podrá realizarse en su interior y en ningún caso podrá ser retribuida, ni discriminatoria entre productos, marcas o fabricantes; en el apartado 3º establece que la exhibición en vitrinas o escaparates de productos, marcas o fabricantes se acomodará a las mismas reglas, en particular, en cuanto a la identificación exterior de las expendedorías no se permitirá la inclusión de logotipos o elementos identificatorios de fabricantes, marquistas o distribuidores concretos; en el apartado 4º regula que no se podrán incluir en el exterior de los establecimientos donde se encuentren los puntos de venta con recargo logotipos, rótulos o elementos identificativos de fabricantes, marquistas o distribuidores así como la publicidad de sus marcas y productos; en su artículo 11 regula las “*actividades promocionales*”, prohibiendo las destinadas a los expendedores y titulares de autorización de puntos de venta con recargo, ni utilizar a éstos o aquellos como vía o instrumento para la entrega de incentivos dirigidos al público. Aunque no se considerará que existe utilización positiva del expendedor para la entrega de incentivos dirigidos al público, cuando el elemento promocional está incorporado de origen, esto es, desde fábrica o almacén distribuidor al producto, de forma tal que sea imposible la separación en el canal minorista del objeto de la promoción sin deterioro del producto al que va unida ni alteración de su apariencia externa. Además, excepcionalmente, el

elemento promocional podrá incorporarse en la expendeduría, siempre que conste claramente en él, que su entrega es gratuita y que está prohibida su venta.

Por otra parte, el apartado 6º del artículo 8 de la Ley 34/1988, General de Publicidad, tipifica los incumplimientos publicitarios a las infracciones de consumo y sanitarias disponiendo al efecto:

“que el incumplimiento de las normas especiales que regulen la publicidad de los productos, bienes, actividades y servicios a que se refieren los apartados anteriores, tendrán consideración de infracción a los efectos previstos en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y en la Ley General de Sanidad”.

Así, pues, el ámbito de la intervención administrativa en la publicidad del tabaco se circunscribe a: *la potestad sancionadora*, en virtud de la cuál se pueden imponer las sanciones pertinentes en los supuestos de comisión de las infracciones previamente tipificadas como tales; *la potestad reglamentaria*, ya que la forma, contenido y condiciones de su publicidad pueden ser limitadas reglamentariamente en orden a la protección de la salud y seguridad de las personas, teniendo en cuenta los sujetos destinatarios, la no inducción directa o indirecta a su consumo indiscriminado y en atención a los ámbitos educativos, sanitarios y deportivos. Además, en el apartado 5º del artículo 8 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, se establece la prohibición: a) expresa y total, de la publicidad de las bebidas con graduación alcohólica superior a veinte grados centesimales, y de tabaco por medio de la televisión; b) la publicidad de bebidas alcohólicas y de tabacos en aquellos lugares donde esté prohibida su venta o consumo.

La publicidad televisiva

Está regulada en la Ley 25/1994, de 12 julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio.

En su artículo 3 regula las definiciones siguientes:

- *“Publicidad por televisión”:*

“cualquier forma de mensaje televisado emitido, mediante contraprestación y por encargo de una persona física o jurídica, pública privada, en relación con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover la contratación de bienes muebles o inmuebles o de servicios de cualquier tipo. Los mensajes dedicados a la *autopromoción* tendrán, a efectos de esta Ley, la consideración de publicidad. También se considerará publicidad cualquier forma de mensaje emitido por cuenta de terceros para promover determinadas actitudes o comportamientos entre los telespectadores”

- *“Publicidad encubierta”:*

“aquella forma de publicidad que suponga la presentación verbal, visual o sonora, dentro de los programas, de los bienes, los servicios, el nombre, la marca, la actividad o los elementos comerciales propios de un empresario que ofrezca bienes y servicios y que tenga, por intención del operador de televisión, propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a su naturaleza. En particular, la presentación de los bienes, los servicios, el nombre, la marca, las

actividades o los elementos comerciales propios de un tercero se considerará intencionada y, por consiguiente, tendrá el carácter de publicidad encubierta, si se hiciese a cambio de remuneración, cualquiera que sea la naturaleza de ésta. No tendrá esta consideración, la presentación que se haga en acontecimientos abiertos al público organizados por terceras personas y cuyos derechos de emisión televisiva se hayan cedido a un operador de televisión, cuando la participación de este último se limite a la mera retransmisión del evento y sin que se produzca una desviación intencionada para realzar el carácter publicitario”.

- **“Publicidad indirecta”.**

“aquella que sin mencionar directamente los productos, utilice marcas, símbolos u otros rasgos distintivos de tales productos o de empresas cuyas actividades principales o conocidas incluyan su producción o comercialización”.

- **“Patrocinio publicitario por televisión”.**

“aquel contrato en virtud del cual una persona física o jurídica, denominada patrocinador, no vinculada a la producción, comercialización o difusión televisivas, contribuye a la financiación de programas de televisión realizados por otra persona, física o jurídica, llamada patrocinado, con la finalidad de promover el nombre, la marca, imagen, actividades o realizaciones del patrocinador”.

- **“Televenta”.**

“la radiodifusión televisiva de ofertas directas al público para la adquisición o el arrendamiento de toda clase de bienes y derechos o la contratación de servicios, a cambio de una remuneración.”

En este texto legal, además de lo dispuesto en la Ley General de Publicidad, se determinan los supuestos en los que la publicidad por televisión merecerá la calificación de *publicidad ilícita*, prohibiéndose también ciertos objetos publicitarios, como los cigarrillos y demás productos del tabaco, e incluyendo en la prohibición no sólo la publicidad directa, sino también la indirecta. Y así en su Capítulo IV contempla:

a) En su artículo 8-1º se prohíbe

“cualquier forma, directa o indirecta, de publicidad y de televenta de cigarrillos y demás productos del tabaco”.

b) En su artículo 8-2º se prohíbe la

“publicidad y la televenta encubiertas”

c) En su artículo 15-2º se establece que

“los programas de televisión no podrán ser patrocinados por personas físicas o jurídicas cuya actividad principal sea la fabricación o la venta de productos o la realización de servicios cuya publicidad esté prohibida”

La publicidad de marca en el derecho español

Se ha argumentado, por diversos sectores, la posibilidad y licitud de este tipo de publicidad denominada de “marca” con más o menos amplitud, y fundamentando dicha tesis en base a las grandes inversiones económicas realizadas en la promoción de la marca, entendiéndose que para imitar su derecho a usarla deberían existir grandes razones, claras y proporcionales para delimitar el uso de la marca en el tráfico económico, así como en la publicidad, ya que a su juicio dichas limitaciones legales podrían suponer una “expropiación” de la marca, lo que conllevaría el impedir al empresario el uso publicitario de su marca o el nombre de su empresa. Según el Pleno del Jurado de Autocontrol de la Publicidad (Resolución de 23-9-1997, LARIOS/AUC), ¿cuándo se podría utilizar publicitariamente, en televisión, una marca que coincide con la de un producto cuya publicidad *está prohibida en este medio*? Cuando el uso de la misma sea legítimo (ampare la marca o denominación cuya publicidad no esté restringida)

responda a una finalidad cierta y razonable desde una perspectiva mercantil, de forma que la eventual publicidad indirecta que pudiere resultar no sea más que un efecto residual, habiéndose adoptado por el anunciante las cautelas necesarias para minimizar ese efecto residual. Cabría pensar que podría darse ese uso legítimo y razonable, entre otros, en casos de publicidad corporativa, ante una eventual salida a bolsa de la empresa anunciante, por ejemplo, el uso de otros productos amparados por la misma denominación, sea antiguos o nuevos en el caso de extensión comercial de la actividad del anunciante”.

La Resolución “**Winston American Campus**”:

El 19 de noviembre de 1997, la Sección 1ª del Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad acordó desestimar una reclamación presentada por AUC en relación con la campaña publicitaria de “Winston American Campus”, que se basaba en spot de televisión, de veinte segundos de duración que se escenifica un ambiente universitario. Al comenzar el mismo, puede verse la figura de un profesor universitario que decía así: *“Para pertenecer a este campus se requiere, por supuesto, vestir correctamente”*. El resto de las imágenes del anuncio muestran un ambiente juvenil y desenfadado, en el que chicos y chicas visten ropa deportiva y casual. Sobreimpresionado sobre la pantalla podían leerse las expresiones: “Winston American Campus. Nueva colección otoño-invierno”. Al finalizar el spot, una voz en off dice: *“Winston American Campus. Unico en su clase”*. También sobreimpresionado pero en letras de menor tamaño se leía: *“De venta en El Corte Inglés y establecimientos autorizados”*.

Los argumentos en los cuales basaba AUC la ilicitud del anuncio eran los siguientes: 1- teniendo en cuenta que Winston era una marca asociada de forma notoria a la venta de cigarrillos, el spot de WINSTON AMERICAN CAMPUS vulneraba el artículo 8,5 de la Ley General de Publicidad y el artículo 10 de la Ley 25/1994 de 12 de julio, así como el Código de Conducta publicitaria de la AAPP en su Norma (Principio de legalidad); que, aunque en el spot no se hacía referencia explícita a los productos de tabaco, se utilizaba la marca Winston, de una empresa cuya actividad principal era la producción de tabaco y no la de ropa; que, del análisis del spot se ponía de relieve que en el anuncio predominaba la marca notablemente sobre el producto anunciado.

El Jurado de Autocontrol, como se ha indicado desestimó la reclamación de AUC en base a los argumentos siguientes:

“1º.- No parece necesario recordar que existe en nuestro ordenamiento una clara prohibición de la publicidad en televisión(directa o indirecta) del tabaco y de las bebidas alcohólicas de más de veinte grados. Ahora bien, como ya ha tenido ocasión de señalar el Pleno de este Jurado en relación con las bebidas alcohólicas(Resoluciones de 23 de septiembre de 1997, en los casos Larios, Bacardí y Udie) estas prohibiciones no pueden ser interpretadas en un sentido tal que suponga una prohibición total de utilizar una marca de tabaco (en nuestro caso Winston) en relación con otros productos distintos. Decíamos entonces y reiteramos ahora que el Jurado cree legítimo que una empresa que comercializa tabaco y que utiliza para él una marca de alto prestigio o conocimiento por parte del público pretenda ampliar o expandir su mercado lanzando otros productos distintos y que, en atención al alto grado de conocimiento de su marca, pretenda utilizar ésta también para los nuevos productos y para la publicidad de éstos. Debe existir, en todo caso,

una intención seria y razonable de expandir el mercado y diversificar la oferta, al tiempo que el anunciante debe velar por el cumplimiento de sus especiales *obligaciones y cargas*. *En especial, debe velar por el cumplimiento de sus obligaciones de honestidad y buena fe*, procurando poner todos los medios a su alcance para evitar que la publicidad de sus nuevos productos pueda ser entendida por el público destinatario como una publicidad indirecta de una marca de tabaco.

2º.- La Sección que suscribe entiende que en el presente caso se cumplen estrictamente todos los presupuestos hasta aquí mencionados. Así en primer lugar, *cabe afirmar que aquí existe una intención seria y razonable de expandir el mercado y diversificar la oferta, utilizando una marca de alto prestigio y conocimiento (Winston) para nuevos productos distintos del tabaco*. Así lo prueban, entre otras circunstancias, los años de estudio e investigaciones de mercado previos al lanzamiento definitivo de las prendas de ropa, los puntos de venta en los que se pueden encontrar éstas en la actualidad, o las estimables cifras de venta alcanzadas en un escaso tiempo.

3º.- Pero, además de existir una intención seria y razonable de diversificar la oferta, *lo cierto es que el anunciante también ha cumplido de modo escrupuloso sus obligaciones de honestidad y buena fe en la publicidad de sus nuevos productos textiles*. Así, y a diferencia de otros casos que ha tenido que resolver previamente este Jurado, en la publicidad de los nuevos productos no existe ningún tipo de equívoco o confusión en punto a los productos que se están promocionando, apareciendo desde un primer momento las prendas de vestir marca “Winston American Campus” como objeto de la publicidad. Y lo que también es relevante, no se ha aprovechado la publicidad estas prendas de vestir para lanzar otras campañas similares en otros medios en favor del tabaco. En estas circunstancias, difícilmente podría admitir este Jurado que estamos en presencia de una publicidad indirecta de tabaco. Bien miradas las cosas, *estamos ante una utilización legítima de la marca “Winston” en relación con otros productos distintos del tabaco*”

AUC discrepa totalmente de dicha resolución ya que considera que la aceptación de dicha tesis, implicaría dar por buena la publicidad televisiva, por ejemplo, de “bolsos Winston”, “zapatos Camel”, “gafas Fortuna”, “Limón Larios”, “Naranja Bacardí” o cualquier otro producto “máscara” o productos “pretexto”.

Hay que tener en cuenta el producto que identifican los receptores a partir del visionado del anuncio que se emite en la televisión. De igual forma resulta necesario analizar los elementos, tanto racionales como emotivos que, asociados al tabaco, aparecen en los anuncios y le confieren valores positivos, permitiendo estructurar un argumento que despierte y justifique en el receptor la necesidad del consumo. Teniendo en cuenta que el análisis de una relación entre la publicidad emitida por los medios de comunicación, en concreto de la televisión, y el consumo de tabaco, se justifica por la capacidad de influencia que dicho medio tiene sobre la sociedad a la hora de modificar o reforzar conductas. Y así tenemos que del referido anuncio destacan las características siguientes: se identifica el tabaco “Winston” como el producto publicitado; solo en un segundo momento los participantes perciben que la publicidad se refiere a prendas de vestir deportivas; el anuncio se dirige a los jóvenes; el anuncio se reafirma en esa visión placentera de la vida (estilo de vida, sexo/placer; libertad/diversión); no se diferencia entre producto y marca.

Además, desde AUC entendemos que este razonamiento del Jurado de Autocontrol de la Publicidad en cuanto a la denominada “publicidad de marca” no es ajustado a derecho por lo siguiente: el concepto legal de marca, viene en el artículo 1º de la Ley 32/1988, que formula esta definición:

“Se entiende por marca todo signo o medio que distinga o sirva para distinguir en el mercado productos o servicios de una persona, de productos o servicios idénticos o similares de otra persona”.

De este concepto legal de marca se desprende claramente la función básica que, según la Ley 32/1988, la marca desempeña: **indicar el origen empresarial de los productos o servicios**. Por su parte, el artículo 2º de la Ley 32/1988, formula *ad exemplum* el catálogo de los signos o medios que podrán registrarse como marcas. Estos signos o medios son los siguientes: a) las palabras o combinaciones de palabras (incluidas las que sirven para identificar a las personas); b) las imágenes, figuras, símbolos y gráficos; c) las letras, cifras y sus combinaciones; d) las formas tridimensionales (entre las que se incluyen los envoltorios, los envases, la forma del producto o su presentación); e) cualquier combinación de los signos o medios que, con carácter enunciativo, se mencionan en los apartados anteriores.

Así, pues, desde la entrada en vigor de la Ley 32/1988 –por orden de importancia- las funciones de la marca son: 1ª) la indicación de la procedencia empresarial; 2ª) la indicación de la calidad del producto o servicio; 3ª) la función condensadora del “prestigio” de la marca. La Ley de 1988, reduce a considerar el prestigio de la marca como uno de los factores determinantes de la indemnización de daños y perjuicios. Según la doctrina más autorizada, (Fernández Novoa), las carencias de la nueva Ley en punto a la protección del renombre o prestigio de la marca implican, además, que la función publicitaria de la marca no tenga un reflejo adecuado en la Ley 32/1988. Por ello, se puede considerar que la denominada “*función publicitaria*” de la marca no forma ni parte del contenido esencial de la misma, ni cualquier limitación legal que se realice sobre la misma implique una “expropiación” (sic) de la marca.

Desde el punto de vista constitucional, los derechos que pueden verse afectados por una limitación publicitaria de la marca (refiriéndonos siempre a la marca de productos cuya publicidad esté prohibida por Ley) están comprendidos en los artículos 33 –que garantiza el respeto a la propiedad privada- y el artículo 38 – que garantiza la libertad de empresa -, así tenemos que:

a) *El derecho de propiedad:*

Todas las instituciones mutan con el paso del tiempo, de no ser así el derecho dejaría de ser lo que debe ser: la respuesta adecuada en tiempo y lugar, a las necesidades de la sociedad en cada momento. Y si esto es así, no cabe duda que históricamente la propiedad ha sido quizás el instituto jurídico que más se ha transformado y que aún sigue transformándose. La concepción de la propiedad quirritaria romana –cuyos caracteres esenciales era el ejercicio del *ius abutendi*, es decir, ser absoluta, exclusiva y perpetua- ha evolucionado hasta el concepto de propiedad que figura en el artículo 33 de la Constitución de la siguiente forma:

“1º.- Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

2º.- La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

3º.- Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes”.

La función social consiste en una atribución causalizada del derecho de propiedad sobre determinados bienes, lo que se traduce en una reducción de

facultades, en un control de ejercicio o en una carencia de legitimación sobrevenida por el incumplimiento de deberes o por una actuación o un ejercicio que ha traspasado los límites. En nuestro sistema jurídico el principio es la base de la intervención legislativa configuradora del dominio. Pero la ley ha de respetar, salvo caso de expropiación, el contenido esencial de la propiedad, so pena de inconstitucionalidad.

La relación que es forzoso establecer, entre la función social y el contenido esencial del dominio, de partir de una idea central: que la intervención legislativa ha de dirigirse a asegurar la conexión entre el interés público y el interés del propietario, pero no a anular la propiedad privada, idea que hay que completar con la constatación de que la propiedad privada como situación jurídica, consiste en la tipificación operada por el ordenamiento de una relación económica de goce o disfrute, o, si se quiere, de utilización de los bienes. En tal caso, si el elemento estructural esencial radica en el interés del propietario en el goce, disfrute o utilización evaluables económicamente, la función social podrá someter a dicho interés a compresión, o podrá dirigirlo, encauzarlo, tipificarlo, pero no suprimirlo. Desde este punto de vista, parece claro que el artículo 33 de la Constitución debe ser puesto en relación no sólo con el artículo 53, sino también con los artículos 38 y 128 del texto constitucional.

b) *El derecho a la iniciativa privada:*

El artículo 38 de la Constitución sugiere que la iniciativa económica privada se entiende como factor de progreso, y es en principio garantizada y protegida, si bien de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

Esta "*libertad de empresa*", que goza también de la garantía de un *contenido mínimo*, de acuerdo con el artículo 53,1º de la Constitución, parece exigir, de algún modo, la disponibilidad de los instrumentos necesarios para dar cuerpo a la iniciativa económica en aquella forma de organización económica que se llama empresa. Y el artículo 38 puede ser explicado como demostrativo de que el interés individual, que se representa al núcleo de la iniciativa y de la empresa privada, es reconocida y garantizado en cuanto no se ponga en contraste con la utilidad social. Porque la iniciativa económica privada, que se desarrolla en la empresa, no puede tenerse sin apropiación privada de los bienes de producción. Hasta el punto de que una propiedad privada de tales bienes que no implicase el derecho a la utilización y disfrute de los mismos en función de un interés propio sería algo profundamente distinto del común concepto de propiedad; sería una "no propiedad". Desde la perspectiva, bien puede decirse que la Constitución garantiza la propiedad no únicamente como una apropiación y una pertenencia de bienes, sino como una relación inserta en el ciclo de producción y de distribución de riqueza.

Así, de algún modo *libertad de empresa y propiedad privada* de los bienes de producción son conceptos que se exigen mutuamente, que ambos tienen reconocido un *mínimo esencial* intocable por el legislador, a menos que se

produzca una indemnización, a pesar de que la *función social* exija su comprensión o reducción por debajo de ese límite, o –dicho de otra manera- que la libertad de empresa se tutela en razón del interés individual del empresario siempre que no choque con el interés de la economía general, y que incluso cuando se produzca ese enfrentamiento, el Estado, a través de la correspondiente ley, deberá establecer la primacía del interés general, respetando el mínimo contenido del artículo 53,1 o procediendo por la vía de la expropiación.

c) *La limitación publicitaria de la marca:*

Partiendo de las ideas indicadas en relación con el derecho de propiedad y la libre iniciativa económica, en los cuales se basa la marca, tenemos que:

- la *función social* es el criterio delimitador del contenido de los derechos, es, si se quiere, la clave de la configuración legal de los derechos la razón de las limitaciones, el principio de ordenar las intervenciones legales.
- el *contenido esencial* es el límite de la intervención legislativa, que sólo puede ser sobrepasado actuando mediante indemnización (expropiación).
- la *garantía* de la propiedad resulta de la combinación entre los elementos anteriormente expuestos. La *función social* configura o define el contenido, a través de las leyes. Las leyes, dictadas ateniéndose al criterio de la función social, no pueden disminuir el *contenido esencial* del dominio salvo expropiación, so pena de inconstitucionalidad.

Aplicando estos conceptos al supuesto de una ley que prohíba la publicidad, directa o indirecta, de unos productos, ¿resultaría constitucional la misma?, o más concretamente, ¿una ley que prohíba la publicidad de la bebidas alcohólicas o del tabaco, tanto de forma directa como indirecta (incluida la publicidad de marca) esta de acuerdo con nuestro marco constitucional, y en su caso, en virtud de la limitación legal debe considerarse como una expropiación de las marcas?, entendemos que no, por lo siguiente:

- la *función social* de la ley es la defensa de los valores constitucionales de protección de la juventud y de la infancia (art. 20), y de protección del derecho a la salud (art. 43).
- el *contenido esencial* del derecho de la marca no se ve afectado con la adopción de dicha medida legislativa, que en modo alguno implica una interdicción de la actividad económica del titular de la marca, ni viene a prohibir o a limitar de forma absoluta la función básica de la marca que es la indicación del origen del producto o servicio, ni tampoco otras funciones importantes de la marca reconocidas en la Ley 32/1988, tales como la indicación de la calidad de los productos o servicios.
- La *función social de la Ley, garantiza el contenido esencial del derecho de la marca*, ya que: - una ley de esta índole constituye una intervención general de los poderes públicos que no implica transferencia o atribución de la ventaja a otros sujetos (ni públicos ni privados); - la limitación de la función publicitaria de la marca puede constituir una medida razonable, en cuanto a los valores constitucionales a proteger; proporcional y que garantiza el contenido esencial del derecho de marca; - la limitación legislativa no produciría una ablación de los derechos del titular de la marca, por lo que no procedería la indemnización.

Por su parte, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 26 de julio de 1997, respecto a una publicidad televisiva de una bebida alcohólica con graduación superior a 20º, afirma:

“cuando sucede que la marca o el nombre comercial se identifica en forma socialmente manifiesta y palmaria y en el común sentir de los consumidores se asocia automáticamente al producto, la actividad publicitaria de éste como prohibida, por vía televisiva, ha de calificarse como ilícita, por vulnerar una norma prohibitiva legal ...”

En consecuencia, entendemos que la prohibición de publicidad de bebidas alcohólicas con graduación superior a los 20º o de productos del tabaco en televisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8, 5º de la Ley 34/1988 y en el artículo 9 de la Ley 25/1998 según redacción dada por la Ley 22/1999), abarca también la interdicción de la publicidad de la marca de estos productos resultado su contenido acorde con la Constitución al respetar el contenido esencial del derecho de propiedad y el derecho a la iniciativa privada. Entendemos que resultaría también constitucional una ley que ampliase extender dicha prohibición de publicidad de tabaco, incluida la de marca, a otros medios de comunicación distintos a la televisión.

La directiva comunitaria sobre la publicidad de los productos relacionados con el tabaco (Directiva 98/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de Julio de 1998)

Antecedentes normativos de restricciones publicitarias de los productos del tabaco

En Francia sólo se permite la publicidad en el punto de venta y se prohíbe todo tipo de referencia a marcas en otras categorías de productos o servicios. Finlandia sólo autoriza la publicidad en publicaciones extranjeras no vinculadas específicamente con el tabaco. Italia, sólo permite hacer referencias a las marcas cuando éstas se utilizan para promocionar otras líneas de productos y servicios; y Suecia e Irlanda, únicamente permiten la publicidad en determinadas publicaciones. Todos los Estados miembros prohíben la publicidad en televisión y la radio(salvo España y el Reino Unido, donde se permite la publicidad en la radio). El patrocinio a través de la televisión está prohibido también en todos los Estados miembros y, en la mayoría de ellos, se prohíbe igualmente el patrocinio en la radio.

Por lo que respecta a la prensa, las medidas varían dependiendo de los Estados miembros de la Unión Europea. En Bélgica, está prohibido específicamente este tipo de publicidad en las publicaciones destinadas a los niños. En Alemania, existe una normativa más general que prohíbe cualquier publicidad de tabaco que pueda inducir a los niños a fumar. Asimismo, en el Reino Unido, las publicaciones destinadas a los niños no pueden incluirla y existen acuerdos voluntarios de limitación de la publicidad exterior en las proximidades muy estrictas respecto del contenido autorizado en este tipo de publicidad.

Iter procedimental de la Directiva 98743/CE

A raíz de una primera propuesta presentada en este ámbito en 1.989, y en sustitución de la misma, la Comisión presentó, el 15 de mayo de 1.991, una propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa a la publicidad de los productos del tabaco, basada en el artículo 100A del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. El Parlamento Europeo emitió su dictamen el 11 de febrero de 1992, y lo confirmó el 3 de diciembre de 1993 en virtud del procedimiento de codecisión a que hace referencia el artículo 189 B del Tratado. Por su parte, el Comité Económico y Social, emitió su dictamen el 23 de septiembre de 1.992. A la luz del dictamen del Parlamento Europeo, la Comisión presentó, el 30 de abril de 1.992, una nueva propuesta modificada.

El 12 de febrero de 1998, el Consejo aprobó su Posición común, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 189 B del Tratado, y la Comisión emitió en fecha 12-2-1998 la Comunicación al Parlamento sobre la posición común que fue aprobada por Decisión del Parlamento Europeo de 13 de mayo de 1998, en la que dicha institución europea considera que esta Directiva sólo representa un paso en la lucha contra el tabaquismo en la Unión Europea, y que debe inscribirse en el marco de un planteamiento más general sobre el consumo de tabaco, por ello insiste a la Comisión que aplique simultáneamente las medidas siguientes: la revisión y actualización de las directivas vigentes relativas al etiquetado de los productos del tabaco y al contenido de alquitrán de los cigarrillos; un análisis en profundidad de los aditivos de los productos del tabaco con vistas a regular su utilización y su etiquetado; un estudio sobre la venta de cigarrillos mediante distribuidores automáticos con vistas a su prohibición general; una evaluación del impacto de los nuevos medios de comunicación, como Internet, en el consumo de tabaco; una armonización al alza de los impuestos sobre el consumo de tabaco.

Finalmente, el 6 de julio de 1998, se aprobó la Directiva 98/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco, que fue publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie L(legislación) de fecha 30 de julio de 1998.

Base jurídica de la Directiva

La constituyen el apartado 2 del artículo y los artículos 66 y 100 A del Tratado CE. El artículo 3,h) del Tratado CE incluye entre los instrumentos al servicio de la acción que la Comunidad debe desarrollar en aras de la consecución de sus objetivos esenciales contemplados en el artículo 2 del Tratado, "la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el buen funcionamiento común".

De las disposiciones combinadas de los artículos 3,h) y 100 A del Tratado CE se infiere que debe procederse a la aproximación de las legislaciones cuando:

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

El artículo 100-A) es una disposición general ("*La armonización de legislaciones en la CEE; Lucía Millán Moro, Centro de Estudios Constitucionales, 1986*) en el sentido de que atribuye a la Comunidad unos poderes definidos de modo general, y en cuyo ejercicio no se determina su campo concreto de aplicación. Se configura, en cuanto a las materias que pueden ser objeto de armonización, como un esquema a desarrollar por la Comunidad, en aplicación de los poderes generales que le atribuye dicho artículo y que salvo determinadas exclusiones es aplicable a cualquier materia, respetando las condiciones de aplicación del artículo, es decir, la armonización de las disposiciones legislativas que *"tienen por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior"*

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

Las instituciones comunitarias deben definir su política teniendo en cuenta al mismo tiempo la importancia y el alcance real de los obstáculos que han de eliminarse, los intereses económicos en juego y el interés comunitario en emprender una acción normativa. Las "disparidades legales" mencionadas, cualquiera que sea su justificación, deberán ser eliminadas por la vía de la aproximación de las legislaciones nacionales existentes en la materia, al amparo del artículo 100A, en la medida en que incidan en el buen funcionamiento del mercado común y constituyan, por consiguiente, un obstáculo a la libre circulación de mercancías

Según la propia Directiva 98/43/CE las causas para proceder a una armonización derivan de la necesidad de eliminar las barreras u obstáculos existentes que estima son siguientes: las divergencias entre las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos de tabaco, ya que dicha publicidad y dicho patrocinio traspasan las fronteras de los Estados miembros; estas disparidades dificultan la libre circulación de los productos y la libre prestación de servicios en este campo; y provocan distorsiones de la competencia, obstaculizando de este modo el funcionamiento del mercado interior. No obstante, se deja en aplicación del principio de subsidiariedad a los Estados miembros la posibilidad de imponer, en determinadas condiciones, los requisitos más estrictos

que consideren necesarios para proteger la salud de las personas.

La Comisión, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 100A, en sus propuestas previstas en materia de salud, seguridad y protección del medio ambiente y de los consumidores toma como base de partida un nivel de protección elevado. Esta Directiva pretende atender debidamente a la protección de la salud de las personas en general y de los jóvenes en particular, para quienes la publicidad desempeña un papel importante en la promoción del tabaco.

Ámbito de aplicación y contenido

Dado la interdependencia existente entre todos los medios de publicidad oral, escrita, impresa, radiofónica, televisada y cinematográfica y para evitar cualquier riesgo de contravención de la normativa la Directiva 98/43/CE afecta a todas las clases y a todos los medios de publicidad, excepto la publicidad televisada.

En concreto, el artículo 2 contiene las definiciones siguientes:

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

“publicidad”: cualquier tipo de comunicación comercial cuyo objetivo o efecto directo o indirecto sea la promoción de un producto del tabaco, incluida la publicidad que, sin mencionar directamente un producto del tabaco intente eludir la prohibición de la publicidad utilizando nombres, marcas, símbolos u otros elementos distintivos de productos de tabaco.

Es una fórmula general la adoptada (“cualquier tipo de comunicación”) que abarca el ámbito de aplicación más amplio, y el calificativo de “comercial” sólo va encaminado a precisar que las comunicaciones en el marco de actividades artísticas no forman parte de la publicidad. El Tribunal de Justicia ya ha dictaminado que la publicidad constituye un servicio (C-155/73, Giuseppe Sacchi 1974, RTJ 409 de 30-4-1974; y C-52/79 Procureur du Roi contra Marc JVC Debauvre y otros, 1980 TRJ 833 de 18-3-1980). Al no existir en dicha definición el requisito de la “existencia de remuneración” como criterio para determinar si un mensaje es comercial o no, estarían incluida en su ámbito de aplicación la denominada “publicidad clandestina” (o emplazamiento de producto), que consiste en: una presentación de bienes, servicios, nombre, marca, actividad y elementos comerciales dentro de los programas, o de las películas; una presentación intencionada y remunerada, como lo demuestra la existencia de empresas especializadas en su venta y como lo atestiguan también los productores, y los anunciantes; una presentación que, frente al resto de fórmulas publicitarias no declara expresamente su naturaleza publicitaria a través de algún tipo de advertencia acústica u óptica, por lo que puede inducir al público a error en cuanto a dicha naturaleza, aspecto éste sobre el que no incidiremos más extensamente en esta ocasión, a pesar que la importancia del tema lo merece.

También cabría incluir dentro de esta definición de publicidad - si bien, resulta especialmente aplicable al medio televisivo- la “publicidad en eventos organizados por terceros” y cuyos derechos de emisión son cedidos a un

operador.

"patrocinio" : cualquier contribución, pública o privada, a un acontecimiento o actividad cuyo objetivo o efecto directo o indirecto sea la promoción de un producto del tabaco. La definición del patrocinio, está formulada por analogía con la de la publicidad, a los efectos de la Directiva y de sus correspondientes modalidades.

"punto de venta de tabaco": cualquier lugar en el que se vendan productos del tabaco. La definición de los puntos de venta de tabaco a los que no se aplica la Directiva, se formula en términos generales y extensivos, pudiendo regularse a escala nacional.

Por su parte, en el artículo 3 se establece en su apartado 1 la prohibición general de toda clase de publicidad que se hace extensiva al patrocinio. Dada la redacción de "publicidad" y "patrocinio" habría que entender incluidas las denominadas actividades *"below the line"*(los servicios de comunicaciones comerciales que no implican la adquisición de espacio en los medios de comunicación). Esto iría de acuerdo con el criterio seguido por la propia Comisión en su Libro Verde sobre las comunicaciones comerciales en el mercado interior (COM(96) 192 final), en el que venía definir las comunicaciones comerciales como *"todo tipo de comunicación que tenga por finalidad la promoción de los productos, los servicios o la imagen de una empresa u organización entre los consumidores finales o los distribuidores"*. Esta prohibición abarca todas las formas de publicidad - directa e indirecta- y de patrocinio, así como la distribución gratuita, incluyendo expresamente aquellas formas indirectas de publicidad que, aún sin mencionar directamente el producto del tabaco, utilicen marcas, emblemas, símbolos o cualquier otro signo distintivo utilizado para los productos del tabaco.

Publicidad de la marca en derecho comunitario

A nivel comunitario existe un sistema dual en materia de marcas: por una parte la marca comunitaria, con protección jurídica unitaria y autónoma para todo el territorio de la CE y las marcas nacionales, sometidas sin embargo a un proceso de armonización, que han dado lugar respectivamente al *Reglamento(CE) nº 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca Comunitaria, y la Directiva de 89/104/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas.*

La implantación de este régimen doble (marca comunitaria y marcas nacionales está inspirado por los mismos principios básicos(*"Las marcas en el Derecho español - Adaptación al Derecho Comunitario; Gregorio Robles Morchón; Ed. Civitas, 1995*). Según este autor, la Directiva(art. 2º) establece un concepto de marca de marca y de una lista enunciativa de los signos susceptibles de constituir una marca, que coinciden con la del artículo 4º del Reglamento 40/94, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Podrán constituir marcas todos los signos que puedan ser objeto de una representación gráfica, especialmente las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, la

forma del producto o de su presentación, a condición de que tales signos sean apropiados para distinguir los productos o los servicios de los de otras".

Especialmente pretende garantizar el origen o procedencia empresarial de los productos o servicios, sobre cuya idea se centra el concepto de "confusión". La protección ha de ser absoluta cuando se dé identidad entre marca y signo, y asimismo haya identidad entre los productos o servicios; en tal supuesto la confusión respecto al origen empresarial es prácticamente segura, por lo que la protección del derecho prioritario ha de ser contundente. Cuando no haya identidad, sino similitud(entre la marca y el signo, y entre los productos o servicios), dicha similitud habrá de interpretarse apreciando el "riesgo de confusión", entre cuyos factores está: el conocimiento efectivo de la marca en el mercado por parte de los consumidores; la asociación que éstos puedan hacer entre los signos y los productos designados; el grado de similitud entre la marca y el signo y entre los productos o servicios. Habría que concluir, pues, que la idea normativa básica del derecho comunitario de marcas, es que la función de éstas (tanto económica como jurídica) es la de indicar el origen empresarial de los productos o servicios.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la marca desempeña un importante papel en la vida económica. El consumidor tiene que enfrentarse con un elevado número de productos finales de una misma clase: productos que no distinguen entre sí a través de características naturales o técnicas, sino tan sólo mediante simples diferencias cualitativas o por medio de su aspecto externo. La marca es precisamente el mecanismo que hace posible la identificación y subsiguiente selección de los productos, por lo que es el único medio que por r permitir elegir los productos a través de su identificación, hace posible que la oferta de una misma clase sea transparente para el consumidor.

El Tribunal de Justicia de la CE propugna la tesis que asigna a la marca un papel decisivo en un ordenado desarrollo de un sistema de economía de mercado. Así en la Sentencia de 17 de diciembre de 1990, que resolvió el caso "HAG-II", se afirma:

"Por lo que al derecho de marca respecta, debe destacarse que este derecho constituye un elemento vertebral del sistema de competencia no falseada que el Tratado pretende instaurar y mantener. En un sistema de tal naturaleza, las empresas deben estar en condiciones de atraer a la clientela por la calidad de sus productos o de sus servicios, lo cual sólo es posible si existen signos distintivos que permitan la identificación de tales productos".

En cuanto a las "funciones de la marca"(*Carlos Fernández Novoa; Sistema Comunitario de marcas ;Ed. Montecorvo, SA, 1995*), básicamente son las tres siguientes:

- a) *La función indicadora de la procedencia empresarial:* Esta es la función primaria de la marca: la que se apoya directamente en las reacciones de los consumidores y, al mismo tiempo, se deriva inmediatamente de la propia estructura del derecho sobre la marca. En efecto, al contemplar una marca en conexión o servicio, el consumidor piensa, lógicamente, que el producto o

servicio procede de una determinada empresa: empresa cuya identidad puede ser en mayor o menor grado conocida o desconocida.

- b) *La función indicadora de la calidad*: La experiencia pone de manifiesto que la contemplación de un producto portador de una marca suscita, de ordinario, en el consumidor la creencia de que el producto posee ciertas características. La marca es un signo que proporciona al consumidor información sobre una calidad relativamente constante de los productos o servicios con los que la marca aparece conectada.
- c) *La función condensadora del "Goodwill"*: Desde la perspectiva del titular, la función más importante de la marca es, sin duda alguna, la de constituir un mecanismo en el que va condensándose progresivamente el eventual *goodwill* o buena fama de que gozan entre el público de los consumidores los productos o servicios diferenciados por la correspondiente marca. Buena fama que implica la preferencia que el público de los consumidores otorga a los productos o servicios portadores de la marca: la expectativa razonable de que un producto o servicio será reiteradamente adquirido o contratado porque cuenta con el favor del público. La función condensadora del *goodwill* es singularmente palpable en la hipótesis de la marca renombrada que es aquel tipo de marca que se caracteriza por ser portadora de un acrecentado prestigio: prestigio que es consecuencia de la alta calidad de los productos o servicios; de la intensa publicidad realizada en torno a la marca; y a veces, de la fuerza sugestiva (*selling power*) del propio signo constitutivo de la marca.

En los apartados 2 y 3 del artículo 3º de la Directiva 98/43/CE, se establecen las especificaciones relativas al alcance de la prohibición de la publicidad indirecta mediante la utilización de marcas y otros signos distintivos de la forma siguiente:

1. Existe la facultad de limitar el alcance de la prohibición por parte de los Estados miembros por lo que respecta a la utilización de nombres para la publicidad de productos (o servicios) distintos de los del tabaco, en condiciones muy específicas, que son: el permitir que un nombre que ya se utilice de buena fe a la vez para productos del tabaco y para otros bienes o servicios que hayan sido comercializados u ofrecidos por una misma empresa o por empresas distintas antes del 30 de julio de 1998, pueda utilizarse para la publicidad; dicho nombre sólo podrá utilizarse bajo un aspecto claramente distinto del producto del tabaco; y siempre que no lleve ningún otro elemento distintivo ya usado para un producto del tabaco.
2. Los Estados miembros velarán por que ningún producto del tabaco llevará el nombre, la marca, el símbolo o cualquier otro elemento distintivo de cualquier otro bien o servicio, (para evitar el riesgo de asociación) salvo que dicho producto del tabaco estuviera ya comercializado con ese nombre, marca, símbolo o cualquier otro elemento distintivo en fecha 30 de julio de 2001.
3. La prohibición de toda clase de publicidad o patrocinio del tabaco no podrá eludirse respecto de ningún bien o servicio que se introduzca en el mercado a partir del 30 de julio de 2001, mediante la utilización de nombres, marcas, símbolos u otros elementos distintivos ya utilizados para un producto del tabaco. A tal fin, la presentación del nombre, marca, símbolo o cualquier otro

elemento distintivo del bien o servicio deberá ser claramente diferente de la utilizada para el producto del tabaco.

AUC considera especialmente inadecuado, el régimen establecido en los apartados 2º y 3º del artículo 3 de la Directiva 98/43/CE ya que permitirá que se pueda continuar promocionando el nombre o la imagen de determinadas empresas aunque esta imagen sea igual o semejante a la marca y otros signos distintivos de los productos prohibidos de esa empresa; continuará surtiendo efecto la denominada "función indicadora de la procedencia empresarial" por la utilización de signos distintivos; y continuará existiendo el riesgo de asociación de los productos destinados a los jóvenes con los cigarrillos con lo que una de las finalidades de la Directiva "*la protección de la salud de los jóvenes*" se verá potencialmente reducida.

A tal efecto, coincidimos con la argumentación del Diputado del Parlamento Europeo, Sr. Hardstaff que en el debate correspondiente a la Directiva expuso lo siguiente:

"También rechazo las demandas de las compañías que propagandizan otros productos que usan el mismo nombre comercial que las grandes marcas de cigarrillos. Se presenta a personas guapas, jóvenes, atrevidas y elegantes junto al logo de una marca de cigarrillos. ¿Por qué para promover sus productos no usan un logo independiente, un logo que no se asocie con una mercancía que mata?"

Excepciones previstas en la Directiva

El ámbito de las excepciones previsto en la Directiva 98/43/CE contempla:

- a) Las materias que quedan reservadas en virtud del principio de subsidiariedad a la competencia de regulación de los estados miembros, y que vienen a abarcar: las comunicaciones entre profesionales que interviene en el comercio del tabaco, que estén destinadas exclusivamente a éstos y no al público en general, comunicaciones que por tal motivo no entran en el ámbito de aplicación de la definición de la publicidad a efectos de la Directiva; por lo que respecta a las disposiciones relativas a los puntos de venta: de manera general, las relativas a la presentación de los productos y a los carteles indicadores de sus precios; de manera más restringida, la publicidad destinada al comprador; y la venta de publicaciones procedentes de los terceros países en condiciones destinadas a evitar distorsiones. Esta excepción está destinada a permitir que quede garantizado el respeto del derecho a la información derivado de la libertad de expresión.
- b) Otras materias reguladas por el derecho comunitario: *la publicidad de los medicamentos para uso humano* contempladas en la Directiva 92/28/CEE de 31-3-1992 que armoniza las normas a este respecto, prohibiendo la publicidad de los medicamentos dispensados previa prescripción facultativa y aquellos que contienen sustancias psicotrópicas o estupefacientes. Los Estados miembros pueden prohibir la publicidad de los medicamentos reembolsados por la seguridad. La publicidad de los medicamentos dispensados sin prescripción facultativa está sujeta a la autorización de mercado del producto en cuestión. Los medicamentos dispensados previa prescripción sólo pueden

anunciarse a través de los medios destinados a los profesionales de la medicina mientras que los medicamentos vendidos sin receta pueden ser objeto de publicidad, aunque sujetos a condiciones muy estrictas; *la publicidad referida a los productos destinados a eliminar la adicción al tabaco* no entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 98/43/CE; la publicidad *televisiva*, el patrocinio televisivo y la televenta de cigarrillos y demás productos del tabaco, están expresamente prohibidos por la Directiva 89/552/CEE, modificada por la Directiva 97/36/CE.

Medidas a adoptar por los estados miembros

El artículo 5 de la Directiva 98/43/CE faculta a los Estados miembros a establecer "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"

Dicha normativa que debe respetar los límites del Tratado, si bien sólo puede justificarse al amparo de lo previsto en el artículo 59 si la aplicación de la legislación nacional obedece a imperativos relacionados con el interés público y es proporcional a dichos imperativos. En el presente supuesto, el imperativo de interés público está expresamente indicado en el precepto y es *"la protección de la salud de las personas"*.

Además, estas normativas estatales que se aprueben regulando estas materias deben resultar acordes con la denominada *"prueba de la proporcionalidad"*, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y que exige en primer lugar, la comprobación de la adecuación de la medida nacional restrictiva al objetivo que se persigue, es decir, su naturaleza debe ser tal que garantice el logro de la finalidad pretendida; en segundo lugar, la comprobación de que la medida nacional de restricción se circunscribe a lo estrictamente necesario para lograr dicho objetivo, y que no se pueda obtener el mismo resultado con medidas menos restrictivas. También se puede utilizar el denominado *"test de las medidas alternativas"*, que consiste en una evaluación similar a la anterior. Sólo se diferencia en que la medida empleada para la evaluación no es la medida restrictiva específica analizada, sino una medida alternativa con un efecto menos restrictivo: el objeto de esta evaluación no es analizar la medida restrictiva sino identificar otras medidas adecuadas que permitan lograr el objetivo siendo a la vez menos restrictivas.

En todo caso, le corresponderá a la Comisión - de conformidad con el artículo 155 del Tratado CE- velar por la aplicación de las disposiciones del Tratado, así como de las disposiciones adoptadas por las instituciones, en esta caso la Directiva 98/43/CE, a fin de evaluar eficazmente la proporcionalidad una vez comprobada la existencia de medidas nacionales que pudieran restringir el servicio publicitario o de patrocinio transfronterizo, analizando pues: la compatibilidad de las normativas nacionales con los principios del mercado interior; la coherencia y proporcionalidad de dichas medidas en relación con los fines del Tratado.

Período transitorio

Como regla general para la incorporación de los preceptos de la Directiva 98/43/CE a los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales se fija como fecha máxima el 30 de julio de 2.001, con la obligación de los Estados miembros de informar a la Comisión comunicando a ésta el texto de las principales disposiciones de derecho interno que adopten, y de incluir una referencia de la Directiva en la norma nacional adaptada.

No obstante, dada la restricción acordada, se fijó el período transitorio siguiente: en un año respecto de la prensa escrita, en dos años respecto del patrocinio. Con carácter excepcional- y por razones debidamente justificadas- los Estados miembros podrán seguir autorizando el patrocinio ya existente de *acontecimientos o actividades organizados a escala mundial* durante un período adicional de tres años que, en cualquier caso deberá concluir a más tardar el 1 de octubre de 2.006, siempre que se cumplan estas dos condiciones: a) que las sumas dedicadas a dicho patrocinio vayan disminuyendo durante el período transitorio; b) que se establezcan medidas de limitación voluntaria para reducir la visibilidad de la publicidad en dichos acontecimientos o actividades.

Medios para garantizar y controlar la aplicación de las disposiciones nacionales

En un Estado de Derecho la legislación debe establecer por medio de normas jurídicas generales un equilibrio entre los derechos y las obligaciones de cada cual; en caso de que se lesionen los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico así creado por la violación de una de dicha normas debe existir un procedimiento(judicial o administrativo)para "*hacer justicia*" al particular y, al mismo tiempo restablecer el equilibrio de intereses deseado por el legislador. El acceso a la justicia es uno de los derechos humanos (art. 6 principio de igualdad de armas ante los tribunales) y una condición de la eficacia del ordenamiento jurídico.

La introducción de una noción de "interés colectivo" en las legislaciones nacionales es bastante reciente: su reconocimiento se ha efectuado progresivamente a lo largo de este siglo y su protección jurisdiccional ha quedado garantizada por medidas que varían según los estados miembros. No obstante, el interés colectivo - como interés legítimo- implica que su alcance es a la vez mayor que el de los intereses individuales, pero más limitada que el interés general. Así, actualmente en todos los Estados miembros existe una "*acción de cesación*", respecto de determinadas prácticas comerciales perjudiciales para el buen funcionamiento del mercado: se trata de un regulador que permite - tanto a los consumidores como a las empresas- prevenir las consecuencias de determinados abusos.

La instauración de las vías de recurso por los Estados miembros constituye una auténtica obligación, que encuentra su fundamento en el artículo 5º del Tratado, se trata de la obligación de

"eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del derecho comunitario".

Las modalidades del acceso a la justicia no se dejan al libre arbitrio de los Estados miembros, ya que las condiciones de fondo y de forma - que por razón de competencia establezcan los Estados miembros - fijadas por las legislaciones nacionales no podrán ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna, ni articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la reparación, y deberán garantizar la plena protección de los derechos que correspondan a los justiciables en virtud del Derecho comunitario.

La Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998, *"relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores"*, pretende aproximar las acciones de cesación destinadas a la protección de los intereses colectivos de los consumidores que se contemplan en la Directivas de protección de los derechos de los consumidores, al objeto de garantizar el buen funcionamiento del mercado interior, en cuyo artículo 3º se entiende por "entidad habilitada" cualquier organismo u organización, correctamente constituida con arreglo a la legislación de un Estado miembro que posea un interés legítimo en hacer que se respeten la normativa de protección al consumidor.

No obstante, la Directiva 98/43/CE no es una Directiva específica de protección de los consumidores, por ello su artículo 5º establece que los Estados miembros velarán por que existan medios adecuados y eficaces para garantizar y controlar la aplicación de las disposiciones nacionales que se hayan adoptado en el marco de la Directiva. A tal efecto, se establece con carácter optativo disposiciones que permitan a las personas u organizaciones que según la legislación nacional tengan un interés legítimo en la retirada de publicidad incompatible con la Directiva, entablar acciones judiciales contra dicha publicidad, o dirigirse a un órgano administrativo competente para que se pronuncie sobre las demandas o incoe las diligencias judiciales oportunas.