



# CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL KOKOTT EN LOS ASUNTOS CONTRA LA DIRECTIVA DE LOS PRODUCTOS DEL TABACO: ¿UN PASO AL FRENTE HACIA UNA VERDADERA POLÍTICA DE SALUD DE LA UNIÓN EUROPEA?

ELISABET RUIZ CAIRÓ\*

ABSTRACT: On 23 December 2015, Advocate General Kokott delivered her Opinion in three cases challenging the validity of Directive 2014/40/EU. Although the Court of Justice of the European Union (CJEU) had already ruled on the legal basis to adopt the former Tobacco Products Directive, new questions arose with the adoption of this new piece of legislation. The focus is now on the proportionality of the measures and on the alleged violation of the subsidiarity principle. Moreover, fundamental rights seem to be playing a more prominent role in the interpretation of EU rules. Therefore, it is interesting to comment on some of the most important arguments put forward by Advocate General Kokott and to highlight the importance that the confirmation of these Opinions through the rulings of the CJEU can have on the EU health policy.

KEYWORDS: internal market – health – tobacco – harmonisation – fundamental rights – proportionality – subsidiarity.

## I. INTRODUCCIÓN

El 23 de diciembre de 2015, la Abogado General Kokott presentó sus conclusiones en los asuntos *Philip Morris*,<sup>1</sup> *Pillbox*<sup>2</sup> y *Polonia c. Parlamento y Consejo*.<sup>3</sup>

\* Doctoranda y asistente académica, Universidad de Ginebra, [elisabet.ruizcairo@unige.ch](mailto:elisabet.ruizcairo@unige.ch).

<sup>1</sup> Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott presentadas el 23 de diciembre de 2015, asunto C-547/14, *Philip Morris Brands SARL y otros (Philip Morris)*.

<sup>2</sup> Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott presentadas el 23 de diciembre de 2015, asunto C-477/14, *Pillbox 38 (UK) Limited (Pillbox)*.

<sup>3</sup> Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott presentadas el 23 de diciembre de 2015, asunto C-358/14, *República de Polonia contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (Polonia c. Parlamento y Consejo)*.

Estas conclusiones son interesantes porque ponen de manifiesto un cambio de tendencia en los argumentos de la industria tabacalera para tumbar la legislación de la Unión Europea en esta materia. Así lo subraya la Abogado General afirmando que “la idoneidad del art. 114 TFUE (...) ya no desempeña un papel principal como en años anteriores” y que “ahora son otras las cuestiones jurídicas que ocupan el centro de interés, concretamente las relativas a los principios de proporcionalidad, de subsidiariedad y de seguridad jurídica y a los derechos fundamentales de la Unión” así como “las posibilidades de cesión de facultades legislativas y de ejecución a la Comisión Europea”.<sup>4</sup> Como ha señalado una parte de la doctrina, esta evolución demuestra que la industria ya no está tan preocupada por saber si el art. 114 TFUE puede ser utilizado como base jurídica sino por cómo dicha disposición puede reglamentar cuestiones de salud pública.<sup>5</sup>

El análisis de estas conclusiones se realizará principalmente sobre la base del asunto *Philip Morris*, por ser el que ataca la Directiva de manera más amplia, y por tanto en el que se abordan un mayor número de cuestiones, pero se hará referencia a los otros dos asuntos cuando ello sea pertinente para ilustrar algún argumento concreto.

## II. LOS HECHOS

La Directiva nº 2014/40 sobre fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco<sup>6</sup> fue adoptada el 3 de abril de 2014 y deroga la Directiva nº 2001/37. Esta legislación establece normas sobre etiquetado y envasado, sobre las ventas transfronterizas del tabaco así como sobre productos del tabaco aromatizados, cigarrillos electrónicos y productos a base de hierba para fumar.

Frente a esta nueva normativa, se plantean diferentes recursos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En el asunto *Philip Morris*, dos sociedades, Philip Morris y British American Tobacco (BAT), introducen un recurso ante la *High Court of Justice* de Inglaterra y Gales, en Reino Unido, con el fin de evitar la transposición de la Directiva. El órgano jurisdiccional remitente decide introducir una cuestión prejudicial sobre la validez de la normativa de acuerdo con el art. 267 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Una situación muy parecida ocurre en el asunto *Pillbox*, donde la sociedad con el mismo nombre cuestiona ante el mismo órgano jurisdiccional británico la disposición sobre los cigarrillos electrónicos introducida en el art. 20 de la nueva Directiva. Una vez más el órgano jurisdiccional decide consultar al TJUE.

<sup>4</sup> *Philip Morris*, cit., párr. 3.

<sup>5</sup> O. BARTLETT, *Case C-547/14 Philip Morris Brands – Comment on the Opinion of Advocate General Kokott*, in *Durham European Law Institute (DELI) Blog*, 5 de febrero de 2016, delilawblog.wordpress.com.

<sup>6</sup> Directiva 2014/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco y los productos relacionados y por la que se deroga la Directiva 2001/37/CE.

En último lugar, se analizarán en este Insight las conclusiones de la Abogado General respecto del recurso de anulación introducido por Polonia en virtud del art. 263 TFUE contra la misma Directiva y, más específicamente, contra las disposiciones relativas a los cigarrillos de mentol.

### III. APRECIACIÓN JURÍDICA DE LA ABOGADO GENERAL

En su apreciación, la Abogado General Kokott analiza si el art. 114 TFUE podía ser utilizado como base legal para algunas disposiciones de la Directiva, si se respetaron los principios de proporcionalidad y subsidiariedad y si se delegaron más poderes de lo que los Tratados permitían. Sin embargo, antes de dar su opinión sobre estas cuestiones, la Abogado General hace un llamamiento a los órganos jurisdiccionales nacionales para que mejoren la calidad de sus preguntas prejudiciales.

#### III.1. ADMISIBILIDAD

Estas conclusiones destacan por la posición adoptada por la Abogado General respecto de los requisitos de admisibilidad. Efectivamente, en los asuntos *Philip Morris* y *Pillbox* se insiste en el hecho de que los órganos jurisdiccionales nacionales deben hacer suyas las cuestiones prejudiciales y no transmitir simplemente las alegaciones de los particulares.<sup>7</sup> Las peticiones en estos asuntos no desarrollan lo suficientemente la relevancia de las cuestiones para la resolución de los casos ni tampoco avanzan la posición del órgano jurisdiccional nacional respecto de las preguntas remitidas. Sin embargo, considera que estas peticiones contienen base suficiente para que el TJUE pueda pronunciarse por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva debe primar sobre las deficiencias existentes.

En el asunto *Polonia c. Parlamento y Consejo* ocurre algo parecido y ello a pesar de que en este caso se trate de un recurso en anulación. Así, la Abogado General declara inadmisibles algunas de las cuestiones planteadas por dirigirse contra disposiciones no relacionadas con la prohibición de los cigarrillos de mentol, que es la única pretensión de la demanda. Admitirlos sería contrario a Derecho puesto que “los elementos esenciales de hecho y de Derecho en los que se basa un recurso deben deducirse de modo coherente y comprensible del propio texto del escrito de interposición del recurso” y “las pretensiones de éste deben ser formuladas de manera inequívoca para que el Tribunal de Justicia no resuelva *ultra petita* o bien omita pronunciarse sobre una imputación”.<sup>8</sup> Estas llamadas de atención denotan un cierto cansancio por parte de la Abogado General y reclaman mayor rigor a la hora de plantear las cuestiones prejudiciales y alegaciones de las partes en el futuro.

<sup>7</sup> *Philip Morris*, cit., párr. 23.

<sup>8</sup> *Polonia c Parlamento y Consejo*, cit., párr. 25.

### III.2. CUESTIONES DE FONDO

#### III.2.1. EL ARTÍCULO 114 TFUE COMO BASE JURÍDICA PARA ADOPTAR LA DIRECTIVA

La Abogado General empieza en cada uno de los asuntos por analizar la idoneidad del art. 114 TFUE como base jurídica respecto de cada una de las medidas controvertidas. Aunque esta cuestión ya había sido discutida en la jurisprudencia más antigua, la nueva Directiva plantea tres cuestiones que son dignas de mención.

En primer lugar, cuestiona la utilización del art. 114 TFUE como base jurídica para establecer prohibiciones totales, como son la prohibición de los productos del tabaco con aromas característicos y la posibilidad para los Estados Miembros de prohibir las ventas a distancia.

En relación con la primera prohibición y a título preliminar, la Abogado General recuerda que debe analizarse si el art. 114 TFUE puede ser utilizado como base jurídica para adoptar una normativa relativa al uso de aromas característicos de manera general y no tratar los cigarrillos mentolados, que es el producto específico al que se refieren tanto las empresas intervinientes como Polonia, de manera separada. Así, advierte de que “no se puede admitir tal ‘técnica del salami’, que trate por separado cada segmento del mercado incluido en una medida de armonización del mercado interior, o incluso componentes concretos de productos”.<sup>9</sup> En *Polonia c. Parlamento y Consejo* añade que esta consideración aislada solamente podría llevarse a cabo si los cigarrillos mentolados tuviesen una posición especial respecto de otros productos aromatizados, algo que no ocurre en la realidad.<sup>10</sup>

Tras esta aclaración, la Abogado General recuerda que ya existían obstáculos en cuanto al uso de aromas característicos en los productos del tabaco y además era de esperar que otros fueran a aparecer en el futuro puesto que, de acuerdo con el Convenio marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para el Control del Tabaco, los Estados miembros están obligados a limitar o prohibir el uso de aditivos en los productos del tabaco que puedan mejorar su sabor y ello sin que se establezcan en dicho texto medidas concretas lo que llevaría sin duda a cada Estado miembro a adoptar reglas diferentes.<sup>11</sup> Además, señala que, aunque es cierto que una prohibición total no favorece el funcionamiento del mercado interior, el legislador de la Unión puede introducirla en una categoría de productos si con ello favorece las condiciones de mercado de otra categoría. Por ello, en el caso de los productos del tabaco aromatizados, considera que estas prohibiciones pueden ser consideradas como “el precio para que los productos del tabaco ‘normales’ que cumplen los requisitos de la Directiva puedan circular libremente en el mercado interior europeo a la vez que se asegura un alto nivel de protec-

<sup>9</sup> *Philip Morris*, cit., párr. 64.

<sup>10</sup> *Polonia c. Parlamento y Consejo*, cit., párrs. 48 y 49.

<sup>11</sup> *Philip Morris*, cit., párr. 75.

ción de la salud”.<sup>12</sup> De forma similar, en el caso de las ventas a distancia considera que son el precio a pagar para que los productos que se ajustan a las exigencias de la Directiva y que se venden respetando el objetivo de protección de la salud puedan circular en el mercado interior.<sup>13</sup>

En segundo lugar, se plantea la cuestión de saber si una medida puede basarse en el art. 114 TFUE a pesar de no eliminar todos los obstáculos al comercio. Esta dificultad queda ilustrada por las normas sobre etiquetado y envasado de los productos del tabaco puesto que, aunque la Directiva establece algunas exigencias, los Estados miembros siguen teniendo un cierto margen de apreciación. A pesar de ello, la Abogado General señala que el art. 114 TFUE no se rige por el principio de “todo o nada” por lo que, aun tratándose de una armonización parcial, puede ser utilizado como base jurídica.<sup>14</sup> De hecho, la directiva es un instrumento legislativo que, por definición y de acuerdo con el art. 288 TFUE, deja una cierta libertad a los Estados miembros para alcanzar los fines perseguidos por la normativa a través de los medios de su elección.

En tercer lugar, se cuestiona la compatibilidad del art. 24 de la Directiva con el art. 114 TFUE. Se trata de una cláusula de libre circulación que establece que los Estados miembros no podrán prohibir ni limitar la comercialización de los productos del tabaco o de los productos relacionados que se ajusten a la presente Directiva. Sin embargo, el segundo párrafo de dicho artículo permite a los Estados miembros mantener e introducir otros requisitos aplicables a los productos del tabaco en relación con la normalización del embalaje cuando esté justificado por razones de salud pública y el tercero permite prohibir una determinada categoría de productos del tabaco. Ambos párrafos pueden basarse en el art. 114 TFUE si, como lo hace la Abogado General, se lleva a cabo una interpretación estricta de las disposiciones según la cual los Estados miembros sólo pueden adoptar requisitos adicionales o prohibir otros productos en la medida en que el legislador no haya efectuado una armonización.<sup>15</sup> Esta interpretación deja la puerta abierta a la introducción de disposiciones nacionales sobre la imposición de envases neutros (*plain packaging*) como señala la Abogado General en sus conclusiones lo cual puede tener importantes consecuencias si se tienen en cuenta las medidas que se están tomando en este sentido a nivel nacional.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> *Ivi*, párr. 83.

<sup>13</sup> *Ivi*, párr. 138.

<sup>14</sup> *Ivi*, párr. 98.

<sup>15</sup> *Ivi*, párrs. 110 y 127.

<sup>16</sup> J. GRIFFITHS, *AG Kokott rejects challenges to the validity of the Tobacco Products Directive – implications for standardized packaging legislation in the Member States?*, in *EU Law Analysis*, 13 de enero de 2016, [eulawanalysis.blogspot.ch](http://eulawanalysis.blogspot.ch).

### III.2.2. PROPORCIONALIDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Estas conclusiones son igualmente interesantes porque en el análisis de la proporcionalidad de las medidas introducidas por la Directiva, la Abogado General tiene muy en cuenta los derechos fundamentales. Concretamente, se alegan la vulneración de la libertad de empresa<sup>17</sup> y de la libertad de expresión<sup>18</sup> y, en el asunto *Pillbox*, igualmente la vulneración del derecho de propiedad.<sup>19</sup>

En relación con la libertad de empresa, se habría vulnerado a través de la prohibición de comercializar los productos del tabaco aromatizados y de las normas en materia de envasado y etiquetado. Además, en *Pillbox*, se alega igualmente su vulneración en relación con la prohibición de la publicidad de cigarrillos electrónicos. Sin embargo, la Directiva concede al legislador de la Unión un amplio margen de apreciación puesto que la normativa afecta a cuestiones económicas, sociales y políticas.<sup>20</sup> Por ello, es necesario demostrar que el acto es manifiestamente desproporcionado para que quepa apreciar la vulneración de este principio y ello abarca tres posibilidades: cuando sea manifiestamente inadecuado para alcanzar los objetivos legítimamente perseguidos, cuando sobrepase manifiestamente lo que es necesario para alcanzarlos o cuando pueda producir inconvenientes manifiestamente desproporcionados a dichos objetivos.<sup>21</sup>

Para llevar a cabo el análisis de la proporcionalidad, la Abogado General procede en tres etapas y concluye que este principio no ha sido vulnerado. En primer lugar, debe verificarse si cada una de las medidas controvertidas es adecuada para alcanzar el fin perseguido. A este respecto, la Abogado General considera que el legislador debe tener en cuenta el principio de cautela que permite adoptar medidas restrictivas si son objetivas y no discriminatorias “cuando resulta imposible determinar con certeza la existencia o el alcance del riesgo alegado por razón de la naturaleza insuficiente, no concluyente o imprecisa de los resultados de los estudios realizados y, sin embargo, persiste la probabilidad de un perjuicio real para la salud pública en el supuesto en que se produzca el riesgo”.<sup>22</sup> Por ello, independientemente de que los estudios científicos apoyen la tesis del legislador según la cual estas medidas pueden contribuir a la reducción de consumo de tabaco por los fumadores actuales y potenciales o no, las reglas establecidas son consideradas como perfectamente defendibles.

En segundo lugar, la Abogado General analiza la necesidad de las prohibiciones. Para ello, verifica no solamente si la medida es necesaria sino igualmente si existen medios menos gravosos que sean igualmente adecuados para alcanzar el mismo fin. Por

<sup>17</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 16.

<sup>18</sup> *Ivi*, art. 13.

<sup>19</sup> *Ivi*, art. 17.

<sup>20</sup> *Phillip Morris*, cit., párr. 149.

<sup>21</sup> *Ivi*, párr. 150.

<sup>22</sup> *Ivi*, párr. 157.

ejemplo, en relación con los cigarrillos aromatizados, algunos intervinientes en el procedimiento habían propuesto como alternativas el establecimiento de límites de edad para la venta de estos productos, la puesta en marcha de campañas de información o la introducción de una lista de sustancias prohibidas en toda la Unión. Sin embargo, la Abogado General analiza cada una de estas medidas y concluye que ninguna de ellas permite alcanzar el fin perseguido de manera igualmente eficaz. Así, considera que los límites de edad son fácilmente eludibles, las campañas de información no permiten reducir los obstáculos a los intercambios en el sentido del art. 114 TFUE y la lista de sustancias prohibidas debería ser actualizada constantemente debido a la rápida evolución de este sector.

Por último, se comprueba la proporcionalidad en sentido estricto de la medida. Así, algunos intervinientes ponen de manifiesto que las medidas adoptadas tienen importantes consecuencias sociales y económicas para los agricultores, fabricantes y proveedores de la industria del tabaco. Sin embargo, la Abogado general afirma que a la salud humana le corresponde una posición superior a la de los intereses esencialmente económicos por lo que el hecho de que sectores económicos enteros de un Estado miembro se vean afectados por las medidas no implica una vulneración del principio de proporcionalidad. Esta tercera etapa demuestra la importancia cada vez mayor de la salud en el Derecho de la Unión Europea, lo cual queda confirmado por las numerosas referencias a la protección de la salud a lo largo de las conclusiones así como las referencias a los instrumentos internacionales sobre control del tabaco.

En relación con la libertad de expresión, se alega su vulneración a través de las disposiciones que prohíben hacer publicidad engañosa o sugerir que los productos son sanos, ecológicos o menos nocivos que otros productos del tabaco. Por un lado, la Abogado General advierte de que el concepto “engañoso” debe ser interpretado en sentido amplio y por tanto debe abarcar informaciones que, aun siendo ciertas, tienen el riesgo de inducir a error a los consumidores o de hacerles relativizar los riesgos para la salud del tabaco. Por tanto, una vez más, se adopta una interpretación amplia que garantiza una protección elevada de la salud. Por otro lado, recuerda que la libertad de expresión concede un margen de apreciación inferior al legislador que la libertad de empresa; sin embargo, tras un razonamiento similar al anterior, estima que en este caso tampoco ha habido una vulneración del derecho fundamental impugnado.

Por último, en el asunto *Pillbox* se analiza igualmente una posible vulneración del derecho de propiedad puesto que la sociedad considera que la prohibición de publicidad de los cigarrillos electrónicos podría vulnerar este derecho. Sin embargo, la Abogado General pone de manifiesto que el derecho de propiedad “no recae sobre meros intereses o expectativas de índole comercial”<sup>23</sup> y que “precisamente a esas perspectivas de lucro no comprendidas en el derecho de propiedad se refiere en definitiva *Pillbox*

<sup>23</sup> *Pillbox*, cit., párr. 196.

cuando se siente perjudicada por el artículo 20 de la Directiva”.<sup>24</sup> Además considera que las restricciones que la normativa introduce en cuanto a la posibilidad de explotar su marca están justificadas por el alto nivel de protección de la salud que se persigue.

Por todo ello, cabe afirmar que en el análisis de los derechos fundamentales la Abogado General otorga un amplio margen de apreciación al legislador poniendo la protección de la salud por encima de otros derechos y dejando la puerta abierta a otras medidas incluso más restrictivas.

### III.2.3. PODERES DELEGADOS

Las conclusiones en el asunto *Philip Morris* aclaran igualmente los poderes de la Comisión Europea en cuanto a actos delegados y de ejecución. La cuestión que se plantea es la de saber qué es lo que se puede dejar en manos de la Comisión para que ésta lo adopte a través de un acto delegado en virtud del art. 290 TFUE, sabiendo que dicho artículo establece que los actos delegados no pueden contener elementos esenciales del acto legislativo. La Abogado General sostiene que “el solo hecho de que alguno de los aspectos técnicos que ha de regular la Comisión pueda ser en la práctica de mayor relevancia, incluso de importancia vital, para algunas empresas afectadas (...) no basta para convertir esas cuestiones en elementos esenciales de la legislación a efectos del artículo 290 TFUE”.<sup>25</sup>

También es pertinente observar que la Abogado General rechaza el argumento de las partes según el cual se habrían delegado indebidamente facultades normativas en instituciones u organismos internacionales ajenos al marco institucional de la Unión. Así, la Directiva exige que la Comisión integre en el Derecho de la Unión las normas acordadas por las Partes del Convenio marco de la OMS o por la OMS. La Abogado General adopta una interpretación amplia de esta disposición y considera que estas normas incluyen incluso las directrices que, aunque solamente tienen carácter recomendatorio, son normas acordadas con arreglo al procedimiento del Acuerdo Marco de la OMS. Pero no se trataría de una delegación ilícita de facultades a organismos internacionales “porque los actos de aplicación de esas normas al mercado interior europeo siguen siendo adoptadas por instituciones de la Unión”.<sup>26</sup> Por ello, la Abogado General concluye que esta disposición de la Directiva debe interpretarse “como un mandato del legislador de la Unión con arreglo al cual la Comisión en general debe incorporar al Derecho de la Unión las normas internacionalmente acordadas, pero en el cumplimiento de ese mandato la Comisión debe garantizar que dichas normas hallen acomodo en el Derecho de la Unión de conformidad con el sistema”.<sup>27</sup> Este razonamiento confirma

<sup>24</sup> *Ivi*, párr. 198.

<sup>25</sup> *Philip Morris*, cit., párr. 254.

<sup>26</sup> *Ivi*, párr. 261.

<sup>27</sup> *Ivi*, párr. 263.



una vez más la importancia creciente de la salud en el Derecho de la Unión y el interés cada vez mayor por adoptar unos estándares elevados de protección de acuerdo con las normas internacionales.

#### III.2.4. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Por último, la Abogado General analiza si una intervención a escala de la Unión es más adecuada que a escala nacional y, en este caso, considera que en el sector del tabaco hay un volumen significativo de intercambios transfronterizos con importantes diferencias normativas y que son previsibles más divergencias en el futuro. Para llegar a esta conclusión, establece que el examen al que se somete el principio de subsidiariedad consta de dos fases: un componente negativo que implica que las instituciones intervengan sólo y en la medida en que los Estados miembros no puedan alcanzar de manera suficiente los objetivos de la acción pretendida, y un componente positivo que se da cuando la intervención de la Unión permite alcanzar mejor los objetivos de la acción pretendida.<sup>28</sup> Cada una de estas facetas es analizada en detalle en el asunto *Polonia c. Parlamento y Consejo*, lo cual es llamativo puesto que el examen del principio de subsidiariedad no suele ser objeto de tanta atención.

La Abogado General se pronuncia igualmente sobre la motivación relativa al principio de subsidiariedad en la exposición de motivos exigida por el Protocolo nº 2 sobre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. El sexagésimo considerando es calificado de lapidario y la Abogado General Kokott afirma que “no es precisamente un ejemplo ilustrativo de la tan a menudo mencionada técnica de ‘legislar mejor’ de que hacen bandera las instituciones de la Unión desde tiempo inmemorial”.<sup>29</sup> Sin embargo, señala que ello no es suficiente para anular el acto y que hay que tener en cuenta otros considerandos de la Directiva. Aunque finalmente concluye que no ha sido violado el principio de subsidiariedad, sí aconseja al legislador “que en el futuro se abstenga de hacer formulaciones retóricas como la que contiene el sexagésimo considerando de la Directiva y que, en lugar de eso, enriquezca la exposición de motivos de sus actos jurídicos con argumentaciones suficientemente sustanciadas”.<sup>30</sup>

A estas cuestiones de fondo se suma, en el caso *Pillbox*, un análisis del procedimiento de “tarjeta amarilla” establecido por el Tratado de Lisboa para controlar la aplicación del principio de subsidiariedad. Este sistema permite a todo parlamento nacional, en un plazo de ocho semanas a partir de la fecha de transmisión de un proyecto de acto legislativo, dirigir a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión un dictamen motivado que exponga las razones por las que considera que el

<sup>28</sup> *Polonia c. Parlamento y Consejo*, cit., párr. 142.

<sup>29</sup> *Ivi*, párr. 290.

<sup>30</sup> *Ivi*, párr. 301.

proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad.<sup>31</sup> Aunque algunos parlamentos nacionales presentaron dictámenes motivados, no lo hicieron en número suficiente como para iniciar el procedimiento de “tarjeta amarilla”, de acuerdo con el art. 7 del Protocolo nº 2. Además, la Abogado General considera que dichos dictámenes constituían una valoración política más que jurídica y no contenían alegaciones sustanciales sobre la cuestión controvertida en el caso.<sup>32</sup>

Sin embargo, es sorprendente que, aunque no se cumplieran los requisitos para iniciar el procedimiento de “tarjeta amarilla”, los dictámenes nacionales no sean tenidos en cuenta de ninguna forma y que ni siquiera haya una alusión a su contenido. Esto habría podido confirmar que la mayor participación de los parlamentos nacionales introducida por el Tratado de Lisboa no es una novedad puramente formal sino que, por el contrario, tiene consecuencias prácticas reales; sin embargo, parece que habrá que esperar para que eso ocurra. En todo caso, el hecho de que varios parlamentos nacionales fueran críticos con la nueva Directiva puede que fuera la razón por la que la Abogado General decidiera llevar a cabo un análisis del principio de subsidiariedad extremadamente detallado en comparación con lo que ocurre habitualmente en la jurisprudencia del TJUE.

#### IV. CONCLUSIONES

Las conclusiones de la Abogado General Kokott en los tres asuntos analizados confirman la compatibilidad de la legislación sobre productos del tabaco con el Derecho de la Unión y ello a pesar de que las reivindicaciones de la industria hayan evolucionado respecto de los litigios iniciales en esta materia. No solamente la base jurídica es la adecuada, como ya había sido establecido anteriormente, sino que además los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, los derechos fundamentales y los poderes de delegación a la Comisión han sido respetados. Además, la posición de la Abogado General respecto de los argumentos de las partes es concluyente y deja poco margen de maniobra a la industria del tabaco para oponerse a este tipo de legislación. Ello hace pensar que será muy difícil bloquear las futuras reglamentaciones en este sector tanto a nivel de la Unión Europea como a nivel nacional puesto que la Abogado General ha insistido en la primacía de la protección de la salud sobre los intereses meramente económicos de manera que toda normativa en este sentido será en principio considerada proporcional. Este razonamiento confirma la tendencia hacia un mercado único que tiene cada vez más en cuenta los intereses no económicos y el papel esencial que la Carta de Derechos Fundamentales juega en este contexto. Ahora habrá que esperar a que el TJUE dicte sentencia en estos asuntos pero, de confirmarse la tendencia anun-

<sup>31</sup> Protocolo nº 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, art. 6.

<sup>32</sup> *Pillbox*, cit., párr. 161.

ciada por la Abogado General, ello implicaría un cambio sustancial en la política de salud de la Unión Europea que se vería sin duda muy reforzada.

