

LA PUBLICIDAD Y EL SISTEMA ECONÓMICO CONSTITUCIONALIZADO

JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA RUTE*

I INTRODUCCIÓN

La publicidad a que este artículo se refiere es la llamada publicidad comercial que realizan los empresarios con el fin de promover la contratación de bienes. El sistema económico de referencia es el establecido por la Constitución de 1978 (CE).

Cuando en 1985 publiqué «Lecciones de Derecho de la publicidad» dediqué una de ellas al análisis del fundamento que el orden constitucional presta a la actividad publicitaria.

Allí argumenté que al ser la publicidad comunicación social se encuentra amparada por el derecho a la información y por el derecho de autor que se reconocen en el artículo 20 de la Constitución.

Contemplada la publicidad en su función de promoción de la contratación de bienes y servicios, es indiscutible que se conecta al derecho de libertad de empresa que reconoce el artículo 38 de la Constitución.

Aunque no falta quién aborda el análisis jurídico de la publicidad desde el plano constitucional (Muñoz Machado, S., 1994, 283), no se ha construido todavía un *corpus* de doctrina española que precise y agote las consecuencias que derivan de la protección que la Constitución brinda a la actividad publicitaria. Esta carencia se traduce en el modo en que tratan a la publicidad los distintos poderes públicos, y particularmente los Tribunales de Justicia. Los procesos relativos a la publicidad se resuelven de espaldas a su protección constitucional. El presente trabajo quiere contribuir a poner remedio a tal estado de cosas. De la doble perspectiva constitucional que necesariamente ha de acoger un estudio completo de la cuestión, me ocuparé aquí tan solo de la vertiente económica de la publicidad y, por lo tanto, de su conexión con el sistema de economía.

* Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad Complutense de Madrid.

Esta conexión se tiene firmemente establecida en el ámbito de la Unión Europea por el Tribunal de Justicia para el que la publicidad constituye un servicio a la vez que un instrumento para la comercialización de mercancías. Desde ese doble punto de vista, la publicidad debe poder prestarse al amparo de las libertades básicas del Tratado configuradoras de un mercado único.

Desde ese punto de partida, que no conoce excepciones, analiza el Tribunal de Luxemburgo los límites que pueden imponerse a la publicidad, considerándolos, de acuerdo con las disposiciones del Tratado, restricciones cuantitativas o medidas equivalentes.

Es claro que la doctrina del Tribunal de Justicia no tiene que ser miméticamente extrapolada al orden interno de los Estados miembros para determinar el alcance y contenido de los derechos constitucionales económicos (López Garrido, 1986, 73 ss.), pero la racionalidad que entraña considerar a la publicidad como elemento o ingrediente indispensable para el funcionamiento del mercado hace que así deba considerarse también en relación con nuestro orden constitucional.

Naturalmente que el análisis relativo a los límites que pueden imponerse entre nosotros a la publicidad ha de realizarse a partir de los preceptos de la Constitución. Pero en todo caso el esquema formal de razonamiento del Tribunal luxemburgués resulta muy satisfactorio y su doctrina no puede dejar de tenerse en cuenta en tanto se afecte el mercado europeo con los límites o restricciones que España imponga a la publicidad.

II EL MERCADO COMO INSTITUCIÓN DEL SISTEMA ECONÓMICO

Es frecuente que al abordar el estudio del artículo 38 CE se comience por plantear la cuestión de la llamada constitución económica para dar sentido dentro de ella al derecho a la libertad de empresa. Sin embargo y al margen de por otras consideraciones en las que ahora no podemos detenernos, el estudio de ese derecho es por completo independiente del contorno que pueda entenderse perfila el conjunto de preceptos constitucionales que se refieren a la actividad económica y que permiten un más o menos amplio margen a la interpretación presidida por las ideologías políticas.

En este punto es plenamente válida la opinión de que el debate sobre la constitución económica está agotado y no ofrece ninguna utilidad a efectos de la delimitación del derecho a la libertad de empresa (Rubio Llorente, F., 1996, 433). Esta delimitación debe abordarse a partir de los

elementos propiamente jurídicos de la Constitución con el fin de que pueda desarrollarse la libertad de empresa como otras libertades igualmente necesarias para el desarrollo de la persona, con exención de cualquier injerencia del poder.

Como también se ha dicho con autoridad, la Constitución garantiza la economía de mercado sin que los poderes constituidos puedan desvirtuar el modelo económico (Aragón, M., 1996, 167). Se erige así el mercado en la piedra angular del sistema de economía que desplaza cualquier regulación autoritaria de la actividad económica aunque sea ésta ejercida por iniciativa pública.

El mercado es un sistema social para la coordinación de decisiones económicas frente a otros posibles sistemas sociales. De este modo el mercado no puede ser objeto de un derecho y más bien ha de considerarse una garantía institucional o una garantía de instituto de acuerdo con la doctrina constitucionalista, según la cual, esa garantía ampara la existencia de la institución y aunque se piensa que no llega a amparar su configuración concreta, entiendo que cuando de la institución del mercado se trata no cabe distinguir entre definición abstracta y concreta configuración pues el mercado se define por su función, y esa función o se cumple o no se cumple.

Cuando la Constitución se refiere al mercado en su artículo 38 lo hace para manifestar preferencia por un sistema de economía que de hecho se regule por el mercado.

De ahí que las ulteriores referencias del artículo 38 CE a las exigencias de la economía nacional y, en su caso, de la planificación no puedan entenderse como títulos habilitantes de intervención administrativa excluyente del mercado. La intervención solo puede ir dirigida a regular los elementos estructurales del mercado para preservar sus perfiles.

Ahora bien, cuestión decisiva es la relativa al concepto de mercado que subyace al artículo 38 CE. El mercado pertenece al mundo de la economía porque solo en ese mundo opera su funcionalidad. El respeto que a la realidad debe el Derecho exige tomar el concepto de mercado que formula la ciencia económica.

Todos los economistas coinciden en que el mercado es un sistema regulador. Pero poco más puede avanzarse sin recurrir a una diferencia sustancial entre las distintas escuelas de economía. La raíz de la diferencia se encuentra en la consideración estática o dinámica, objetiva o subjetiva del mercado. Según se tenga una u otra concepción así se establecerá la función del mercado.

Una visión estática y objetiva es la propia de la escuela neoclásica que parte de una situación de equilibrio y de una función de fijación de precios que surgen a partir de un conocimiento que se supone perfecto y

objetivo respecto de todas las posibilidades que se ofrecen para la operación a todos los agentes actuantes en el mercado.

Frente a esta concepción se alza la de la llamada escuela austriaca que, partiendo de la imperfección del conocimiento y de la subjetividad de las briznas del que cada operador económico posee, concibe el mercado como un proceso, como algo dinámico, comunicador de información gracias a cuyo sucesivo incremento van ajustándose las decisiones económicas y coordinándose las conductas de los operadores económicos.

Parecería que cabe adoptar uno u otro paradigma para dar satisfacción al sistema de economía constitucionalizado. Pero esta posibilidad de opción en su aparente inocuidad encierra un prejuicio ideológico. Porque de hecho solo cumple las funciones propias del mercado y por lo tanto sólo se siguen las consecuencias de un verdadero sistema de mercado cuando se parte de la concepción de la escuela austriaca que, por lo demás, manifiesta el realismo de sus hallazgos de partida y de sus conclusiones. Un distinguido y brillante representante español de dicha escuela ha demostrado de manera imbatible la razón que asistía a Von Mises para negar la posibilidad del cálculo económico, y congruentemente de la funcionalidad del mercado, desde las posiciones del socialismo y, en general, de la escuela neoclásica del equilibrio (Huerta de Soto, J., 1992, 27 y 157 ss.).

Conviene señalar que ambas concepciones del mercado son inconciliables, de modo que o el mercado es llamado a cumplir su función propia de arbitrar desajustes y coordinar comportamientos por la percepción de nuevo conocimiento procurado en el propio mercado o de nada vale que se invoque éste si su funcionalidad se encuentra mediaticada por sistemas autoritarios de regulación que obturan las pertinentes comunicaciones. La función del mercado no puede cumplirse a medias. Esto no excluye que el mercado no sea la institución reguladora de la actividad en todos los sectores de la economía. Porque aunque el mandato constitucional acerca del sistema de mercado configura a éste como un sistema general no puede ignorarse que la propia Constitución contiene normas que habilitan al legislador para reservar al sector público recursos o servicios esenciales (art. 128 CE). La efectividad de esa reserva excluye a los recursos y servicios reservados del juego del proceso del mercado.

A corroborar la apreciación de que el sistema de mercado a que se refiere el artículo 38 CE descansa en la concepción dinámica del instituto regulador propia de la escuela austriaca viene la referencia que se hace en el propio precepto constitucional al derecho de libertad de empresa.

En efecto, al enunciar este derecho de libertad de empresa la Constitución española está haciendo algo más que reconocer a los particulares

su libertad de iniciativa económica. La libertad de empresa supone la posibilidad de llevar a cabo esa iniciativa precisamente mediante la función empresarial. Esta función es la otra cara de la moneda del sistema económico que tiene como punto de partida la realista apreciación de que el conocimiento es imperfecto por lo que se producen desajustes respecto de los recursos y las necesidades.

La función empresarial consiste cabalmente en procurar corregir esos desajustes, lo que se consigue al actuar en congruencia con la perspicaz percepción de esos desajustes y de la posibilidad de procurar la coordinación de quienes toman sus decisiones en el mercado.

La función empresarial presupone necesariamente el mercado entendido como aquí se sostiene y, recíprocamente, de nada serviría un proceso de comunicación como el mercado si no hubiera quien fuese capaz de percibir con perspicacia las señales que se producen en el mercado y de traducir éstas en verdadera información o conocimiento capaz de apoyar una acción concreta de arbitraje o ajuste.

III

EL DERECHO DE LIBERTAD DE EMPRESA

Si el centro del sistema económico constitucionalizado lo ocupa el mercado entendido como proceso de comunicaciones desencadenantes de operaciones económicas, desde un punto de vista jurídico subjetivo la verdadera funcionalidad del mercado solo puede alcanzarse mediante la libertad de empresa. El artículo 38 CE reconoce ese derecho.

Entre mercado y derecho a la libertad de empresa se da en cierto modo una relación circular. No se concibe un verdadero sistema de mercado sin que exista ese derecho como tampoco es posible hablar de derecho de libertad de empresa al margen de un sistema de mercado.

Cuando se plantea la cuestión de la libertad de empresa en el contexto del análisis de la llamada constitución económica, se tiende —acaso de manera inconsciente— a asimilarlo a la libertad de iniciativa económica de que habla la Constitución italiana o a una especial manifestación de la libertad de profesión que es como el Tribunal Constitucional Federal lo considera ante el silencio que sobre la libertad de empresa guarda la Ley Fundamental de Bonn o, en fin, a la libertad de emprender que en Francia ha deducido el Consejo Constitucional del principio general de libertad.

Pero al considerar como modelos los que suministra el derecho comparado, me parece que no se concede relevancia a lo que en el derecho de libertad de empresa hay de específico respecto de una

genérica libertad de iniciativa económica o de profesión o, más aún, de la libertad general propia de toda sociedad democrática.

Desgraciadamente de este modo de ver las cosas participa tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo. El primero de ellos en su conocida Sentencia 84/1983 asimila en su Fundamento Jurídico 30 la empresa con el género de actividad económica que se ejercita. La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Octubre de 1983 estima que la libertad de empresa es un principio que debe cohonestarse con el interés general y el bien público. Ninguno de los dos altos órganos percibe que se trata de una función específica.

Por otra parte, a oscurecer el genuino sentido de la libertad de empresa ha contribuido un sector de la doctrina mercantilista que al intentar hacer de la empresa el fenómeno central del sistema de esa rama jurídica ha insistido en que la empresa constituye una forma organizada de actividad económica. Este punto de partida pone el acento sobre el aspecto organizativo de la empresa de modo que en su consideración objetiva ésta es una organización, y el empresario —como sujeto— es quien organiza los factores del modo que plasma en esa organización, siendo mediante ésta como se realiza la actividad de producción e intercambio de bienes y servicios.

Esta visión del fenómeno empresarial explica que se piense que en definitiva la libertad de empresa es una libertad para organizar y para colocar los productos de la organización a quienes los demandan. De aquí que pueda asimilarse esa libertad de organizar a la libertad de iniciativa económica o de oficio o profesión y en último término al principio general de libertad; y que los posibles límites al ejercicio de la actividad mediante la organización no se consideren como afectantes a un derecho fundamental sino, a lo sumo, a una garantía institucional. Así se deduce de la Sentencia 84/1983 del Tribunal Constitucional.

Por mi parte considero con la mejor doctrina que se comprende mucho mejor el derecho de libre empresa si se considera que no consiste en una libertad para organizar la empresa destinada a actuar en el mercado, sino en la libertad para actuar empresarialmente, esto es, para ejercer la función empresarial. Este derecho de libertad no tiene nada que ver con la iniciativa económica. Esta se expresa de manera totalmente distinta a como el empresario ejerce su acción típica. Que para esta acción se precise una organización es algo contingente, porque la función empresarial propiamente dicha se caracteriza por la perspicacia en percibir los desajustes entre recursos y necesidades y actuar para remediarlos conciliando y coordinando las actitudes de cuantos operan en el mercado, porque es el mercado el lugar en que se producen los procesos de comunicación necesarios para que la función

empresarial pueda hacer converger las actitudes de todos hacia un equilibrio, nunca por otra parte alcanzado.

El artículo 38 CE, al referir el derecho a la libertad de empresa al sistema de economía de mercado, deja inequívocamente establecida la diferencia entre actividad empresarial e iniciativa económica (Rubio Llorente, F., 1996, 443, advierte el relieve de la relación entre el derecho fundamental y el sistema de mercado).

IV EL CARÁCTER COMPETITIVO DE LA ACCIÓN EMPRESARIAL

De la misma manera que no puede comprenderse la función empresarial al margen del mercado ni éste es tal mercado sin función empresarial, tampoco pueden comprenderse una y otro sin el juego de la competencia.

Pero también en este punto es necesario abandonar el paradigma de la escuela neoclásica para acoger el de la escuela austriaca. Según ésta, la competencia es un proceso como proceso es el mercado pues se trata de rivalizar para aventajar a los demás en el ofrecimiento de nuevas oportunidades para la satisfacción de necesidades. Nada tiene que ver esta visión con la clásica, que presenta la competencia como la consecuencia de que ninguno de los operadores que se encuentran situados en el mismo segmento del mercado pueda imponer en él sus condiciones de oferta. Como se ha dicho con acierto esta estampa de la competencia supone precisamente la ausencia de competencia (Kirzner, I., 1998, 101 ss.).

La experiencia enseña que en ocasiones los propios agentes económicos pueden renunciar a la competencia. Precisamente al poder público concierne mantener abiertos los cauces del proceso competitivo. Pero, conviene ser cuidadoso para que las políticas en favor de la competencia no la destruyan, cosa que puede ocurrir cuando se acometen sin una fundamentación económica sólida acerca de la función de la competencia.

En función de una correcta comprensión de la competencia parece más fecundo atenerse al paradigma de *contestabilidad* como cualidad del mercado que a otros paradigmas que califican la competencia. Un mercado es contestable cuando: 1) no existen barreras para entrar y salir de él libremente (especialmente privilegios concedidos por el propio estado); 2) el acceso a la tecnología de la producción está disponible tanto para cuantas empresas ya están implantadas en el mercado como para las que puedan entrar a él; 3) la información sobre

precios es accesible para los operadores en el mercado, y 4) entrar y salir del mercado se puede producir antes de que las empresas que estén instaladas en él puedan ajustar sus precios. Porque es la amenaza de entrada de nuevos competidores la que hace que las empresas instaladas mantengan sus precios en el nivel más conveniente para los consumidores, del mismo modo que si la entrada de nuevos competidores provocara una bajada de precios, las empresas instaladas podrían salir inmediatamente del mercado. Estas posibles estrategias relámpago o estrategias *raid* producen que el comportamiento de las empresas instaladas en el mercado sea el conveniente para los consumidores cualquiera sea el número de ellas (Pascual Vicente, J., 2002, 165).

Es indudable que cuando el artículo 38 CE consagra el sistema de la economía de mercado se está refiriendo a un mercado contestable puesto que sólo la contestabilidad asegura la plena funcionalidad del mercado en beneficio de la economía general y, por lo tanto, de cuantos operan en él. La intervención pública, si ha de tener algún papel, lo cual es dudoso en muchos casos, ha de dirigirse a mantener las condiciones de contestabilidad del mercado por ser las que aseguran la eficiencia competitiva.

V LA PUBLICIDAD, LA FUNCIÓN EMPRESARIAL Y EL MERCADO

La publicidad es un modo de comunicación colectiva que resulta inseparable de la función empresarial y, por consiguiente, del funcionamiento del mercado y de su esencial carácter competitivo.

Sólo a partir de las nociones de la escuela austriaca que aquí he manejado, cobra la publicidad su verdadera dimensión que ha de ser objeto de la valoración jurídica. Porque la publicidad es el modo de dar a conocer las oportunidades disponibles en el mercado. Supone, pues, un caudal de información que hace más transparente el mercado, favoreciendo las decisiones que todos los intervinientes (incluso potenciales) adoptan en su seno, precisamente en cuanto que tales decisiones se producen en razón de la información disponible.

La publicidad facilita al consumidor el mantenerse alerta para conocer todas las oportunidades disponibles y discernir con perspicacia cuál es la que más conveniente resulta para él; es decir facilita a los consumidores la adopción de una actitud empresarial de descubrimiento de oportunidades.

En este sentido es acertado considerar que en realidad en el precio del producto o servicio respecto del que el empresario hace publicidad

se incluyen dos tipos de bienes: el producto o servicio en sí y la información que se ha suministrado con la publicidad, información que habría de haber sido en todo caso obtenida por el consumidor y a un más elevado coste que el que sufraga al pagar el precio del producto o servicio.

Esta consideración, que es central para nuestro propósito, debe ser entendida en sus justos términos. Pues nadie discute la utilidad de la publicidad por proporcionar información sobre precios y calidades de los bienes. Pero si sólo nos mantenemos ahí no podrá esquivarse la crítica a la publicidad y la conveniencia de someterla a cautelas en razón de su tendenciosidad por ser el anunciante un emisor interesado y por el despilfarro que puede representar.

Cuando los representantes de la escuela austriaca plantean el valor de la publicidad por su dimensión informativa están apreciando que ésta no solo consiste en transmitir conocimiento acerca de precios y calidades de los productos, sino en transmitir conocimiento acerca de las oportunidades disponibles en el mercado. Se trata de que los consumidores se enteren de las oportunidades que se les ofrecen por los empresarios.

El proceso de rivalidad competitiva lleva necesariamente a que en la función empresarial se incluya la decisión de seleccionar entre los productos posibles aquél que puede resultar más apetecible para los consumidores. Los cambios o la innovación van ínsitos en esa función pero no porque se trate necesariamente de productos nuevos o porque haya cambiado el gusto de los consumidores, sino porque el empresario rivaliza en el descubrimiento de nuevos fines y de nuevos medios. La publicidad disemina el conocimiento acerca de esas nuevas oportunidades. Y comoquiera que el empresario ha de lograr que los consumidores queden realmente informados y tomen nota de las oportunidades disponibles es necesario que los mensajes publicitarios se expresen de la manera más persuasiva posible, para lo que se procura que incorporen un alto grado de creatividad.

Esta fusión de información y persuasión en la comunicación publicitaria, cuya precisa relación dependerá de las circunstancias, es cabalmente de esencia a este modo de comunicación. Por eso son inadecuadas las críticas dirigidas a la publicidad tanto por no consistir en rigurosa información o por contener apelaciones sugestivas como por aparentar diferencias artificiales entre productos.

La publicidad «gélidamente informativa» no cumple la función que le es propia. Una tal publicidad se hace ciertamente merecedora de las críticas que ponen de relieve su inutilidad y su contribución al encarrecimiento de los precios. A su vez, quienes la pretenden meramente informativa son quienes precisan que la información publicitaria no es

necesaria porque el sistema de equilibrio supone ciertamente un total conocimiento de las necesidades y de los recursos existentes, resultando la publicidad una fuente de ineficiencia cuando no se piensa que es culpable de la creación de necesidades artificiales.

Pero la función de suministrar a los consumidores un conocimiento del que carecen acerca de las reales oportunidades que están a su disposición impide hacer a la publicidad blanco de las críticas antedichas. Por lo demás, como sostuviera Hayek, no es lógico considerar que una necesidad no es real o importante por el hecho de que no se haya experimentado espontáneamente sin influjo de circunstancias ajenas. Sencillamente pensar en términos de necesario/superfluo desde criterios objetivos y espontáneos al par que carece de realismo por desconocer la condición humana, presupone algo tan falso como que alguien posee un conocimiento acabado e incontestable acerca de lo que a los hombres conviene.

En definitiva, como dijera Backman «los críticos de la publicidad atacan realmente el proceso competitivo», y consiguientemente, añado yo, el mejoramiento de las condiciones de vida. El conocido vínculo de circularidad entre proceso competitivo, proceso de mercado y función empresarial lleva a concluir que la publicidad es instrumento que se inserta en ese círculo. Por lo tanto, la posibilidad de hacer publicidad debe estar abierta en razón de los procesos de mercado y de competencia que hacen posible la función empresarial.

Otra cosa es que la actividad publicitaria pueda en ocasiones constituir arma lesiva para la competencia tanto por restringirla o impedirla como por falsearla deslealmente. Los remedios jurídicos para excluir ese cáncer de la publicidad son remedios que postula precisamente el sistema constitucionalizado de economía.

La conclusión de todo cuanto aquí se ha expuesto no puede ser otra que la de que la publicidad es una actividad esencial para que pueda cumplirse la función empresarial y, por lo tanto, para que pueda hablarse de sistema de mercado y de competencia mercantil.

La publicidad que efectúa un anunciante empresario no constituye sin más una actividad que puede ejercitarse al amparo del principio general de libertad. Se trata de una actividad cuya condición de posibilidad está en el derecho a la libertad de empresa del artículo 38 CE (Gisbert Pastor, M.T., 1989, 52).

Este punto de vista coincide, *mutatis mutandi*, con el expresado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que incluye a la publicidad en el ámbito de la libertad de circulación de mercancías, como una de las libertades básicas para la consecución del mercado único interior. La posibilidad de hacer publicidad en el espacio europeo se enfoca, pues, desde el punto de vista de la institución del

mercado y no como elemento constitutivo de un derecho de libertad de empresa. La razón de este tratamiento se encuentra en que el Tratado constitutivo de la Comunidad (y los que posteriormente lo han modificado) no se refiere a derechos de los ciudadanos, pero si se tiene en cuenta la conexión existente entre mercado y libertad de empresa, no existe inconveniente para entender que el tratamiento de la publicidad a partir de la libertad de circulación de mercancías en el mercado europeo equivale a integrarla en el contenido del derecho a la libertad de empresa en el sistema de mercado que reconoce y consagra nuestra Constitución.

De otro lado el citado Tribunal ve en la actividad publicitaria un servicio que en cuanto tal ha de poder prestarse libremente en su mercado. Lo que avala la consideración de que si el acceso a este mercado no es libre se produce una obstrucción en el acceso al mercado de los bienes que han de ser objeto de publicidad.

VI

LAS LIMITACIONES A LA PUBLICIDAD Y EL DERECHO DE LIBERTAD DE EMPRESA

Una vez establecido que la publicidad es un elemento constitutivo de un mercado competitivo, único en el que puede desempeñarse el derecho a la libertad de empresa, y puesto que es frecuente encontrarse con límites que se imponen a la publicidad, se hace preciso detenerse en saber hasta qué punto esas limitaciones o restricciones son compatibles con el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.

Esta cuestión tiene que ser analizada a partir de la delimitación del derecho a la libertad de empresa y de la regulación de su ejercicio.

No dudo de la necesidad de reiterar que no comparto la tesis establecida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 83/1984 acerca de la distinción entre la libertad de elección de actividades empresariales (verdadera libertad en sentido técnico) y la regulación de su ejercicio (mera garantía institucional). Ese modo de ver las cosas, que equipara la libertad de elección de actividades empresariales a las de elección de profesión u oficio del artículo 35, 1 CE, no puede ser compartida porque, como ya se vio, el derecho a la libertad de empresa se enuncia en el artículo 38 CE de un modo que excluye su interpretación como mera manifestación del principio de libertad (propia del derecho constitucional alemán) o como la libertad de iniciativa económica (propia del sistema italiano y en parte francés). Estas señaladas diferencias las percibe con claridad el Profesor Aragón (1996, 176 y ss).

La mejor doctrina (Martín Retortillo, L; de Otto, I; Rubio Llorente, F.; Aragón, M.) sostiene que el artículo 38 CE enuncia un derecho fundamental, un derecho de libertad al que por estar incurso en la Sección 2.^a del Capítulo II del Título I le alcanza la protección que dispensa el artículo 53,1 CE.

Planteada la cuestión principal que centra el presente estudio en términos de alcance y validez de las restricciones que pueden imponerse a la actividad publicitaria como manifestación del ejercicio del derecho de libertad de empresa, se hace necesario partir de la posibilidad de limitar los derechos fundamentales.

Todo derecho subjetivo —fundamental o no— tiene unos límites intrínsecos que derivan de su naturaleza y de la finalidad para la que se reconoce u otorga por el ordenamiento el poder en que el derecho consiste. En esto se diferencian precisamente los verdaderos derechos de las libertades que son de por sí irrestrictas.

La aplicación de esta doctrina al campo de los derechos fundamentales la efectúa con toda corrección la Sentencia del Tribunal Constitucional 5/81 (de Otto, I., 1988, 141 y ss.) según la cual ha de partirse de la delimitación del contenido del derecho de que se trate.

Para proceder a esa delimitación del contenido debe contarse con la esfera de la realidad que el derecho del artículo 38 CE menciona. En nuestro caso esa realidad es la de la empresa en el sistema de mercado; y estos términos han de tomarse en el sentido que se ha sostenido aquí.

Es claro que aunque sea cierto que no existe un modelo de empresa sencillamente porque no existe la empresa en abstracto (Rubio Llorente, F., 1996, 439) sí existe un conjunto de facultades referidas a aspectos diversos del ejercicio empresarial que integran el contenido del derecho de libertad de empresa. Y es de notar que aunque partan de puntos de vista distintos a los que aquí se sostienen respecto de lo que es la realidad económica empresa y lo que es la realidad económica mercado, los autores que han tratado la cuestión (Aragón, M., 1996, 178; Gisbert, M.T., 1989, 43 ss.; Rojo, A. 1983, 327 ss.) coinciden en señalar como facultades inherentes al derecho de libertad de empresa las siguientes:

- a) Libertad de acceso al mercado.
- b) Libertad de ejercicio.
- c) Libertad de cesación en el ejercicio o libertad de salida o abandono del mercado.

Estas facultades han de ser precisadas. Entiendo que para ello es necesario, de un lado, partir de la necesidad de relacionar el derecho de

libertad de empresa con la noción de mercado contestable. Por otro lado, es claro que la función empresarial se ejerce respecto de una actividad constitutiva de una rama o sector económico.

Empezando por este último aspecto, he de señalar que el derecho de libertad de empresa no supone que ésta pueda ejercerse en cualquier rama o sector de la actividad. La vieja distinción entre cosas *intra commercium* y cosas *extra commercium* ilustra suficientemente acerca de la razón profunda que existe para dejar ciertos sectores al margen de la actividad empresarial. Se puede afirmar que no son normas reguladoras de la libertad de empresa aquellas que sustraen de la iniciativa privada determinados sectores de actividad (Rubio Llorente, F., 1996, 480). Ello sin embargo no quiere decir que esa sustracción pueda realizarse sin sujeción a lo que dispone la propia Constitución.

Sentado lo anterior, conviene señalar que el sector o rama de actividad puede influir terminantemente en la delimitación de las facultades inherentes al derecho de libertad de empresa. En este sentido, es cierta la consideración del Tribunal Constitucional (S.T.C. 83/1984) y de numerosos autores de que no hay un modelo genérico de libertad de empresa. Pero, como se ha señalado, sí hay un contenido esencial genérico de la libertad de empresa (Aragón, M., 1996, 178), ese contenido es el que se define por las facultades señaladas cuyo alcance en concreto puede delimitarse diversamente en función del sector o rama de actividad de que se trate.

Conviene entonces en este momento que nos detengamos en delimitar los contornos de las facultades inherentes al derecho de libertad de empresa. Su alcance ha de determinarse a partir de una interpretación unitaria de la Constitución dado el carácter normativo del texto fundamental.

La facultad de acceso al mercado no significa la simple posibilidad de iniciar una acción económica como se inicia el ejercicio de una profesión. Se trata precisamente de poder realizar la función empresarial sin obstáculos o barreras de entrada en el mercado. Pero este primer paso de delimitación abstracta de la facultad sin la que no existe derecho a la libertad de empresa ha de ser concretada de acuerdo con lo que resulte de una interpretación conjunta o sistemática de la Constitución. Y así nos encontramos con que el sector o rama de actividad a que se refiera la función empresarial podrá justificar las exigencias de requisitos para poder ejercer la facultad de acceso al mercado en razón de la protección constitucional de determinados intereses.

Asimismo, entiendo que los contornos de la facultad de libre acceso al mercado pueden encontrar concreción por referencia a la subordinación de la riqueza al interés general (artículo 129.1 CE) o a la defensa de consumidores y usuarios (artículo 51 CE).

En uno y otro caso pueden admitirse como normas reguladoras, que no limitativas, del ejercicio de la actividad empresarial las que establezcan determinados requisitos en el sujeto de la actividad —por ejemplo si ha de ser o no persona jurídica y, en su caso, de qué tipo— o las que publiquen en cierto modo determinados sectores o ramas de actividad y exijan para poder actuar en ellos licencias o autorizaciones. En relación con este régimen de autorización se hace necesario subrayar la exigencia de atenerse con absoluto escrúpulo al principio de igualdad y al principio de legalidad y su control jurisdiccional.

Ciertamente en los supuestos mencionados las normas que imponen requerimientos como los señalados son normas que regulan el ejercicio de la facultad de libre acceso al mercado porque pasan de un nivel de identificación abstracta de esa facultad, deducida del significado del derecho de libertad de empresa según la realidad a que se refiere el artículo 38 CE, a un plano de concreción de la facultad en el que se tienen necesariamente en cuenta exigencias que en cada caso derivan de la protección constitucional de otros intereses (de Otto, I., 1998, 163).

Ahora bien esta capacidad reguladora del ejercicio de la facultad no excluye la necesidad de que se lleve a cabo mediante ley ni que tenga que limitarse a ser una mera concreción de la abstracta facultad, concreción que se produce como consecuencia de la interpretación dogmática de los preceptos constitucionales.

En este sentido, es entonces de singular importancia atender a si la regulación que resulta no supone sacrificio o subordinación del derecho de libertad de empresa a ningún otro derecho o bien constitucionalmente reconocido, sino que consiste tan solo en concretar el contenido de aquel derecho para que pueda coexistir en condiciones de paridad con los otros derechos o bienes. De ahí la exigencia rigurosa de que la concreción delimitadora que se practique por el legislador esté constitucionalmente justificada, de que sea necesaria para proteger otros derechos o bienes constitucionales y de que, en la medida en que la concreción supone fijar un límite intrínseco al derecho de libertad de empresa, esa delimitación concreta sea proporcionada al fin protector de los demás derechos y bienes constitucionalmente reconocidos.

Cuanto acabo de señalar respecto a la concreción de la facultad de libre acceso al mercado debe extenderse a las demás facultades que integran el derecho de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Respecto de esas otras facultades será necesario adaptar la argumentación en cuanto aparezcan concernidos otros derechos o bienes constitucionales distintos a los que se manifiestan en relación con la facultad de libre acceso al mercado. Quiero destacar a este respecto que, en referencia a la facultad de abandonar el mercado, su abstracto significado de inexistencia de barreras de salida puede encontrar al

regularse el ejercicio de la facultad una concreción debida al «derecho al trabajo» (artículo 35 CE). Aunque no sea el momento para estudiar el alcance que ha de darse a ese derecho como elemento indispensable para la interpretación de la facultad de abandonar el ejercicio de la función empresarial, conviene decir que el sistema de economía de mercado al que se refiere el derecho a la libertad de empresa exige que de ningún modo, so pretexto de regular este derecho o aquel otro, se excluya facticamente la facultad de abandono del mercado constituyendo la protección al derecho al trabajo una barrera de salida que excluya la existencia de un mercado contestable.

También la facultad de ejercicio de la empresa merecería un detenido examen para el que éste no es momento ni lugar. Baste decir ahora que esta facultad suele conectarse a la consideración de la empresa como algo objetivo consistente en una organización con vocación de permanencia en su estructura objetiva. En referencia a este modo de ver las cosas, que a veces polariza la atención de los juristas al estudiar el fenómeno empresarial en su dimensión mercantil, suelen señalarse como manifestaciones de aquella facultad las de dirección y gestión del negocio.

El concepto de empresa que aquí sostengo hace que, en mi opinión, al delimitar el contenido del derecho a la libertad de empresa, pasen a un segundo plano esas facultades de dirección y gestión puesto que la organización de bienes es algo contingente, y, por lo demás, cada vez menos visible en las sociedades avanzadas, pero sobre todo porque esas facultades hacen referencia a la cuestión que aquí no procede tratar del ejercicio de la función empresarial *pura* cuando la actividad de producción la realiza una «firma» (sobre el particular, Kirzner, 1998, 66 y ss).

Desde el punto de vista que por parecerme más adecuado he adoptado en este trabajo, la facultad de ejercicio se manifiesta sobre todo en relación con el modo de actuar el empresario en el mercado, que debe mantener abiertos los cauces de acceso a las tecnologías y los cauces de información acerca de los precios y demás condiciones relativas a los negocios sobre bienes y servicios. Este contenido de la facultad de libertad de ejercicio es el que demanda la función empresarial en un mercado contestable. Y es en este punto donde cobra todo su valor o su densidad la libertad de emitir publicidad.

Puede considerarse también en relación con ésta que, en cuanto que no pasa de ser una manifestación de la facultad de ejercicio de la empresa abstractamente considerada, se hace necesario que al regular su ejercicio se articule la delimitación concreta de su alcance.

Nótese que, de acuerdo con lo que se ha dicho acerca de la publicidad, esta actividad no es simplemente libre en virtud del principio

general de libertad. Es una actividad integrada en las facultades del ejercicio de libertad de empresa. Por eso su regulación solo puede consistir en una concreción de la facultad de ejercitar la empresa sobre la base de interpretar correctamente el artículo 38 CE en conjunción con todas las normas constitucionales, pero de ninguna manera pueden imponerse restricciones arbitrarias en virtud de la consideración subjetiva de que unos supuestos bienes constitucionales prevalecen sobre la facultad de hacer publicidad. Ello supondría sacrificar el derecho de libertad de empresa con flagrante violación del orden constitucional.

De otro lado, en la regulación del ejercicio de la publicidad no puede dejarse de lado la consideración de que ella estructuralmente es comunicación social o colectiva. Sobre la inclusión de la publicidad en el ámbito de protección del artículo 20 CE no es el momento de extenderse ahora, aunque indudablemente tiene su importancia también en relación con la regulación de la publicidad como elemento del derecho de libertad de empresa, pues, al realizar la interpretación sistemática que propugnamos de todos los preceptos constitucionales, la protección que dispensa el artículo 20 CE a la información y al derecho de autor son de indudable importancia (de la Cuesta, 1985, 70; Muñoz Machado, 1994, 295 y 305).

Es claro que la naturaleza de la publicidad exige que ésta haya de comunicar mensajes verdaderos. Desde cualquier lugar del que se mire, la publicidad engañosa no puede ser amparada sino, al contrario, debe merecer un contundente reproche jurídico.

Pero situados en el campo de la verdad del mensaje publicitario, pocas son ya, a mi juicio, las razones desde las que puede efectuarse una concreción de la abstracta facultad de hacer publicidad.

Suelen invocarse el derecho a la salud o a la seguridad o integridad física para imponer restricciones a la publicidad que, a mi juicio, no son más que eso, restricciones injustificadas. La salud o la integridad física no puede ponerse en peligro por la publicidad en sí de determinados productos; serán éstos en su caso los que pueden lesionar la salud o poner en riesgo la seguridad o la integridad física. Si no obstante esos riesgos, los productos siguen siendo de lícito comercio es porque solo las condiciones en que se ingiere o usa el producto puede generar riesgos.

Respecto de tales casos cabe una regulación de la publicidad en la que se imponga el deber de informar acerca del correcto uso del producto para evitar los riesgos que pueden seguirse de un uso abusivo o indebido aunque puede argumentarse que tal información es innecesaria y redundante cuando los citados riesgos ya son *vox populi* o de general conocimiento. Así se hace ya exigiendo, por ejemplo, mencionar en los paquetes de cigarrillos los riesgos para la salud del consumo abusivo

del tabaco. Pero no cabe impedir que la publicidad contenga determinadas apelaciones porque subjetivamente se estiman propiciadoras del consumo o uso inapropiado. Es menester insistir en que, pese al equívoco a que puede conducir incluso la definición legal de publicidad en la Ley de 1988, la comunicación comercial cumple una función que es, en principio, ajena a un directo incremento de las ventas.

Naturalmente que la facultad de hacer publicidad no puede suponer la posibilidad de efectuarla en cualquier circunstancia o momento. La regulación del ejercicio de la publicidad puede y debe considerar los medios susceptibles de emplearse en su difusión atendiendo al derecho a la intimidad de la persona, a la seguridad vial, a la protección del patrimonio histórico o artístico, al respeto a la obra intelectual, al respeto a la ideología de las audiencias de los medios, etc. que son bienes reconocidos en la Constitución.

En todos estos aspectos y en otros semejantes es claro que puede encontrar fundamentación un régimen propio de la actividad publicitaria. Pero en todos ellos, por lo demás, deben respetarse las reglas propias de la hermenéutica, pues en ella estamos, para que el régimen en cuestión tenga como resultado una concreción de la facultad de hacer publicidad a partir de lo necesario y proporcionado para satisfacer la protección debida a los derechos y bienes constitucionales que objetivamente resulten concernidos en cada caso.

Análogos consideraciones cabe hacer respecto a la protección de la infancia y la juventud o de otros conjuntos sociales previstos en la Constitución.

Naturalmente que por su propia naturaleza y función la publicidad ha de someterse a las normas que tutelan la competencia en el mercado. Ni la publicidad puede erigirse en una práctica contra la Ley de Defensa de la competencia (Cfr. Pascual Vicente, J., 2002, 342) ni tampoco en práctica desleal de competencia, siempre, recordémoslo, que se parta de un concepto económico riguroso y plausible de la competencia.

La regulación de la publicidad, en cuanto regulación del derecho de libertad de empresa de cuya facultad de ejercicio es un ingrediente indispensable en la economía de mercado, ha de responder a una cuidadosa ponderación desde las exigencias propiamente jurídicas. Particularmente resulta inaceptable pensar que pueden restringirse o limitarse los contenidos de los mensajes publicitarios según puntos de vista arbitrarios.

Como se ha señalado, la acción empresarial es una acción esencialmente creativa que descubre y propone nuevos fines y medios sin que nadie tenga la menor legitimación para juzgar acerca de la conveniencia o no en cada caso de esa creatividad. Aquí radica precisamente la raíz del vínculo de la función empresarial con la publicidad, que está llamada a informar acerca de las oportunidades disponibles.

Esta función hace a la publicidad esencialmente creativa pues sin un punto de persuasividad, de originalidad, no podría el empresario hacer eficazmente presente las oportunidades que él brinda a los demás operadores en el mercado. El contenido del mensaje ha de ser fruto de la creatividad del anunciante empresario.

Por ello mientras sea verdad lo que el mensaje comunica y se adecue éste a su función de presentar las oportunidades que el anunciante ofrece dentro del haz de posibilidades que le otorga el derecho de libertad de empresa, serán inadmisibles todas las restricciones que se impongan al contenido del mensaje en razón de injustificadas presunciones acerca del sentido de tales o cuales expresiones que subjetiva y arbitrariamente se piense que lesionan otros bienes constitucionales. Al proceder así se da preferencia, además, a estos otros bienes sobre el derecho a la libertad de empresa, preferencia que no se justifica en la propia Constitución.

Y si cuanto decimos es predicable respecto del legislador en su tarea de regular la publicidad, también lo es respecto de los demás poderes públicos en el cumplimiento de sus respectivas funciones.

Pero incluso el modo de ver las cosas que aquí se sostiene ha de ser exigido a los particulares y a los sistemas privados de autorregulación. El artículo 38 CE impera un sistema de economía de mercado y en razón de ello reconoce, como no podía ser menos, el derecho de libertad de empresa. De acuerdo con todo lo expuesto, resulta que de ninguna manera es indiferente para el constituyente que funcione o no el sistema como tal. Para ello, ya se ha visto que la publicidad es una herramienta indispensable como indispensable es la competencia que vertebra un mercado contestable. Cualquier determinación sobre la publicidad como sobre la competencia que proceda de sectores privados y no se atenga al contenido propio de esas actividades según resulta bien de su concepto en el caso de la competencia bien de la delimitación por vía de interpretación del contenido del derecho en el caso de la publicidad, supondrá una limitación o restricción no admisible por atentar al sistema económico de mercado y al derecho fundamental de libertad de empresa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÓN, M., (1996), «Constitución económica y libertad de empresa», *Estudio Jurídico Homenaje Aurelio Menéndez*, Civitas. Madrid I: pp. 163-180.
- ARIÑO, G., (1995), *Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*, Marcial Pons-Idelco. Madrid.

- DE LA CUESTA RUTE, J.M., (1985), *Lecciones de Derecho de la publicidad*, Ed. Universidad Complutense. Madrid.
- DUQUE, J., (1979), «Constitución económica y Derecho Mercantil», en AA.V.V. *La reforma de la legislación mercantil*, Civitas. Madrid: pp. 63-110.
- DUQUE, J., (1977), «Iniciativa privada y empresa» en *Constitución y Economía*, Madrid: pp. 50-77.
- FONT GALAN, J.L., (1979), «Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978», *Revista de Derecho Mercantil* 152: pp. 205.
- GISPERT PASTOR, M.T., (1989), «La noción de empresa en la Constitución española», en AA.V.V. *La empresa en la Constitución española*, Aranzadi. Pamplona: pp. 37-64.
- HUERTA DE SOTO, J., (1992), *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*, Unión Editorial. Madrid.
- KIRZNER, I., (1998), *Competencia y empresariedad*, Unión Editorial. Madrid. 2.^a Ed.
- LÓPEZ GARRIDO, D., (1986), *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Tecnos. Madrid.
- MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L. y DE OTTO PARDO, I., (1988), *Derechos Fundamentales y Constitución*, Cívitas. Madrid
- MENÉNDEZ, A., (1982), *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, Universidad Autónoma de Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, S., (1994), *Advertising in the Spanish Constitutional Rights in Europe*, Baden-Baden: pp. 283-330. (Hay separata.)
- PASCUAL VICENTE J., (2002), *Diccionario de Derecho y Economía de la competencia en España y Europa*, Civitas. Madrid.
- ROJO, A., (1983), «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española». *Revista de Derecho Mercantil* 169-170: pp. 309-341.
- RUBIO LLORENTE, F., (1996), «La libertad de empresa en la Constitución». *Estudio Jurídico. Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*. Civitas. Madrid: pp. 431-446.