

## UN CHIVO EXPIATORIO: LA PUBLICIDAD COMERCIAL\*

JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA RUTE\*\*

1. Aun cuando el presente trabajo consiste en el comentario a una sentencia del Tribunal Supremo no muy reciente, me ha parecido de gran interés publicarlo no sólo por el tema que la sentencia resuelve relativo en concreto a la licitud o ilicitud de unos concretos mensajes publicitarios referidos a una bebida alcohólica, sino muy especialmente porque la resolución del caso necesariamente implicaba considerar la cobertura que la Constitución presta al importante fenómeno de la comunicación publicitaria y, por ende, exigía realizar una interpretación de los textos legales en juego que, a mi modo de ver, tanto habría de ser en extremo cuidadosa como, desde luego, habría de estar presidida por el rigor jurídico que exige al juez olvidarse de sus preferencias ideológicas y consiguientemente arbitrarias. El modesto comentario podría sumarse a las muchas muestras que hoy día nos depara la realidad del desdén hacía el derecho que impera en nuestra sociedad con la esperanza de que, al fin, hablar del Estado de Derecho no sea una muletilla vacía de significado sino un modo de pensar y de vivir nuestra sociedad.

Efectivamente se cumplen ahora algo más de tres años, del pronunciamiento de la Sala Primera del TS en su Sentencia 891/2010, de 3 de enero (RJ/2011/294), sobre el proceder publicitario de una conocida marca productora y distribuidora de bebidas alcohólicas en favor de una de las bebidas por ella distribuida, concretamente un whisky. Fue ponente de la Sentencia el Magistrado Excelentísimo Señor Xiol Ríos. En virtud de lo dispuesto en el artículo 197 de la LOPJ, se sometió la resolución del recurso al Pleno de la Sala (1).

No hace falta decir que el Comentario se atiene a criterios rigurosamente jurídicos, a los que al autor le hubiese gustado se atuviera la Excma. Sala como, a su modesto juicio, procedía. Porque ninguna atención que no sea la que preste el Ordenamiento jurídico al consumo y venta del alcohol podía ni debía ser considerada por la Sentencia ya que, si se piensa que la venta y consumo de las bebidas alcohólicas deben ser limitados o incluso suprimidos, ello solo podrá sostenerse por un juez sobre la base de unas normas que así lo establezcan.

Los hechos tenían su origen en la situación de dos vallas de publicidad exterior que anunciaban el whisky en sendas calles de Madrid capital. Una Asociación de

\*Se recomienda la lectura del presente trabajo teniendo a la vista el texto de la Sentencia que se comenta

\*\*Catedrático emérito de Derecho Mercantil UCM destinado al trabajo Liber Amicorum del Profesor Gómez Segade.

1. Formaban la Sala, junto al Excelentísimo Señor Magistrado Ponente los siguientes Excelentísimos Señores Magistrados: D. Xavier O'Callaghan Muñoz, D. Jesús Corbal Fernandez, D. Francisco Marín Castán, D. José Ramón Ferrandiz Gabriel, D. José Antonio Seijas Quintana, D. Antonio Salas Carceller, Doña. Encarnación RocaTrías y D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

Consumidores instó la acción de cesación contra la compañía anunciante sobre la base de considerar que, a tenor de la Ley 5/2002 de 27 de junio sobre drogodependencia y otros trastornos adictivos de la Comunidad de Madrid, estaba prohibida la publicidad de bebidas alcohólicas en las calles de las ciudades de la Comunidad. Según la demandante, esa prohibición hacía aplicable el artículo 3 LGP vigente a la sazón que en su redacción originaria declaraba ilícita la publicidad infractora de la ley; y, en virtud de ello, procedía, de acuerdo con la propia LGP, interponer la acción de cesación de esa publicidad ilícita que acabase en la condena de la demandada a retirar las vallas en cuestión. Por cierto que en el suplico de la demanda se solicitaba, además de la publicación de la Sentencia en tres periódicos de circulación nacional, que se concediera un brevísimo plazo para la retirada de la publicidad y que, a partir del cual, se impusiera una multa coercitiva de 60.000 euros diarios.

No está de más, por las razones que luego se verán, señalar como un hecho del caso que los soportes de la publicidad se encontraban adheridos o fijados a inmuebles de propiedad privada.

El pleito de sustanció ante el Juzgado de Primera Instancia N°5 de Madrid que dictó Sentencia absolutoria de la demanda el 30 de Abril de 2003. Frente a dicha Sentencia, la demandante interpuso recurso de apelación que se resolvió mediante Sentencia de 25 de septiembre de 2006 por la que, revocándose la Sentencia de primera instancia, se da lugar al recurso y se estima parcialmente la demanda. Parcialmente, porque, si bien, se ordena la cesación de la publicidad suplicada por la demandante, se amplía notoriamente el plazo para la retirada de las vallas publicitarias bajo el apercibimiento de una multa diaria que reduce a 300 los 60.000 euros por día suplicados por la demandante. Al mismo tiempo, la Sentencia no hace declaración alguna sobre su publicación en la prensa diaria.

Frente a la Sentencia de la Audiencia de Madrid dictada en apelación, la entidad demandada interpone el recurso de casación que se resuelve mediante la Sentencia que se pasa a comentar pero no sin antes resumir de nuevo muy sumariamente el objeto de la controversia y su solución judicial.

Ha quedado dicho que la cuestión se centraba en la difusión de publicidad de una marca de whisky en unas vallas instaladas en calles de la ciudad de Madrid. Mientras en Primera Instancia se desestima la demanda que pretendía, principalmente, que se retiraran las vallas, la Sentencia de la apelación la estima por lo que se refiere a la pretensión de que las vallas fueran retiradas: El Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la Audiencia de Madrid con fundamento en que en la Comunidad de Madrid está prohibida la publicidad de bebidas alcohólicas en la calle y en que el derecho (sic) a la salud, en la doble condición en que es reconocido por la Constitución como derecho por sí y como parte del derecho a la vida, precede al derecho a la libertad de empresa y a la libertad económica.

Es de interés señalar que la sentencia del TS objeto de este comentario recoge en su Antecedente de Hecho 4º, de manera que parece hacerlos suyos, los *dicta* de la

Sentencia de la apelación relativos a, por un lado, “la carencia de criterios jurisprudenciales uniformes a la hora de abordar supuestos de publicidad ilícita” a la vez de que, por otro, se citaban especialmente sin embargo determinadas sentencias del TJCE según las cuales cabe “*la posibilidad de restricción o prohibición del consumo o comercialización de bebidas alcohólicas...[porque] dicha limitación no vulnera los principios de libertad económica ni de libertad de empresa, ya que dichos límites tienen por base y están destinados a proteger la salud de los ciudadanos como principio de interés público*”.

Por otra parte, la Sentencia objeto de este comentario también en su Antecedente de Hecho 4º parece igualmente que hace suyos los *dicta* de la Sentencia de la apelación sobre la procedencia de la orden de cesación de la publicidad objeto de la litis en aplicación de lo dispuesto en el artículo 28.1 h) en relación con el artículo 30.3, ambos de la Ley de la Comunidad de Madrid sobre Drogodependencia y otras adiciones de 27 de junio de 2002 (en adelante, LComM) puesto que “*del examen y contenido de ambos preceptos ha de concluirse que, como regla general, la venta y consumo de bebidas alcohólicas está prohibida en las vías públicas y tal prohibición ha de entenderse establecida también para su publicidad en iguales términos*”. La Sentencia de la Audiencia subraya igualmente que “*los anuncios o vallas publicitarias están situados en plena vía pública y su justificación va dirigida a que tengan pleno conocimiento de la existencia del producto todos los viandantes y el público en general*”.

2. El recurso de casación se interpuso en virtud del *interés casacional* que encerraba el asunto al amparo del artículo 477. 2. 3º LEC ya que se consideraba que la Sentencia de la Audiencia Provincial recurrida aplicaba normas que no llevaban cinco años en vigor sin que existiera doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a las normas anteriores de igual o similar contenido. Es de subrayar que, pese a la oposición de la Asociación de Consumidores, demandante y recurrida, a la admisión del recurso de casación, éste fue admitido por Auto del Tribunal Supremo de veintisiete de enero de dos mil nueve y, en consecuencia, el más Alto Tribunal dictó la Sentencia objeto del presente comentario. Acaso incidentalmente sea interesante destacar que de los dieciséis folios que contienen la resolución, únicamente una parte del folio trece, el folio catorce y parte también del folio quince se destinan al análisis jurídico del fondo de la cuestión. Al mismo se refieren efectivamente los Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero.

El Fundamento Jurídico Segundo viene concretamente a resumir lo que, en opinión del Excelentísimo Señor Magistrado Ponente, constituye el motivo único de casación.

La exposición que la Sentencia hace de dicho motivo único no deja de ser certera en su primer párrafo puesto que ciertamente el recurso se mantuvo sobre la base de la necesidad de una interpretación del artículo 30.3 LComM que, en opinión de la recurrente, había de atenerse al *carácter* de la norma, a su *finalidad* y al *sistema* tanto en el plano de la legalidad como, sobre todo, en el de la constitucionalidad.

Si consideramos esa pertinente manifestación de la recurrente con la que, por lo demás, parece corresponderse la síntesis del motivo casacional que la Sentencia efectúa, lo que ésta contiene a continuación en su Fundamento Segundo, al ignorar en absoluto el sentido y desarrollo que a esa primera manifestación se daba en el recurso no sólo deja al descubierto su carencia de la mínima lógica exigible, sino que, sobre todo, deja de hecho sin resolver la cuestión que constituía el objeto del litigio porque a los argumentos jurídicos del recurso no se contesta con otros argumentos del mismo carácter que los rebatan. Se puede decir que la Sentencia es exponente, dicho sea con el mayor respeto, de un verdadero prejuicio del Excelentísimo Señor Magistrado Ponente, que, por desgracia y sin duda que por pertenecer al acervo de la ideología *mainstream*, es secundado sin la menor reserva por los demás Excelentísimos miembros del Pleno de la Sala sin excepción.

3. La Sentencia rechaza que el principio **odiosa sunt restringenda, favorabilia amplianda** pueda tenerse como fundamento del derecho de la recurrente a realizar la publicidad exterior en calles de Madrid y que por lo tanto pueda invocarse dicho principio como la piedra angular por el que se impugna la interpretación que la Sentencia de instancia hizo del artículo 30.3 de la LComM. Pero de ninguna manera el citado principio sirvió en ningún momento de quicio para fundamentar el derecho que la Sentencia de instancia negara y, consiguientemente, tampoco resultaba la clave del arco del recurso de casación; ello sin perjuicio de que el principio *odiosa sunt restringenda, favorabilia amplianda* resultase de aplicación ineludible para resolver las dudas que, en el caso más desfavorable para la demandada y recurrente, podrían suscitarse ante el resultado de la interpretación que debería haberse realizado de los preceptos de la LComM concernidos por el objeto de la litis, habida cuenta que en ningún precepto de ninguna ley se dispone la prohibición de la publicidad de bebidas alcohólicas en las vías públicas.

Se me permitirá decir que me resulta tan sorprendente como inexplicable que la Sentencia que se comenta comparta la misma repugnancia que la entidad demandante y recurrida, es decir, la Asociación de Consumidores, ante la consideración, nada menos, que de un principio general del derecho que tiene sus raíces en el Digesto. Con ello, y dicho sea con todo respeto, la Sala acredita encontrarse, por desgracia, sumida en el marasmo de la aparentemente *pura* positividad jurídica; y hablo de apariencia respecto de la pureza y la positividad porque todos conocemos a estas alturas la inevitabilidad de la interpretación de las normas y, en consecuencia, sabemos también que la aparente pureza que debe derivarse de sus textos apenas llega a encubrir los prejuicios ideológicos que en demasiadas ocasiones se imponen al tiempo de expresar el contenido de las normas jurídicas en lugar de atenerse a lo que se deduzca de un razonamiento principal irrefutable (2).

2. Cfr: DE CASTRO, F. *Derecho Civil de España*. Tomo I, 3ª Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955. Pp. 448 y ss, especialmente pp. 475 y ss. Y es muy importante enlazar con aquello a lo que se refiere la nota 6 de la p. 481; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "Reflexiones sobre la Ley y los Principios generales del derecho en el Derecho Administrativo" RAP, nº 40, 1963, pp 189-222; PUIG BRUTAU, J. *La jurisprudencia como fuente del derecho*, 2ª Ed. Bosch, Barcelona, 2006

Volveremos sobre él particular, pero ahora interesa señalar que de ninguna manera el motivo casacional único se fundamenta exclusivamente en la vulneración del citado principio general de derecho que con toda arbitrariedad, ajena al razonamiento jurídico mínimamente riguroso, la Sala Primera erige en clave del arco de la argumentación del recurso. Aunque también debamos insistir en que el principio tiene que jugar un importante papel en la solución del caso si se quiere que ésta sea conforme a derecho.

4. La Sentencia da por supuesto que el artículo 30.3 LComM no precisa de interpretación, actitud que, por cierto, recuerda el socorrido auxilio de “hacer supuesto de la cuestión” tan frecuentemente denunciado por la Sala Primera TS para precisamente desestimar la mayoría de los recursos de casación. Porque lo que cabalmente se combate en el recurso en cuestión es la interpretación que la Sala de instancia ha efectuado del artículo 30.3 de la Ley citada, cosa que justificaba el interés casacional que motivó el recurso, según la propia Sala Primera reconoce en su Auto ya citado de 27 de enero de 2009, en atención a la promulgación del precepto en fecha comprendida dentro de los cinco años precedentes.

El recurso cabalmente se dirige de manera inequívoca a poner en cuestión la aplicación del artículo 30.3 LComM tal y como lo entiende la Sentencia de instancia que no efectúa el menor intento de interpretación dando por supuesto algo tan falso como que la vía pública es un lugar en el que según ese precepto está prohibida la publicidad de las bebidas alcohólicas. El fallo de la Sentencia de la casación que aquí se combate no es que realice una interpretación que le lleve al mismo resultado equivocado que daba por sentado la Resolución de instancia, sino que directamente atribuye sin más un sentido al precepto que estaría muy lejos de ser el que le correspondiera si, como propone la recurrente, se procediera a la interpretación que todo precepto requiere, una vez que por fortuna se ha superado la errónea convicción de que existen modos de expresar los mandatos legales tan “claramente” que no precisan interpretación ¿Me será lícito expresar aquí mi repulsa del viejo y erróneo adagio *in claris non fit interpretatio*? Sí, ha de permitírseme porque ese adagio, fundado en la ignorancia, está lejos de constituir un verdadero principio general del derecho por lo que debe serle permitido combatirlo a quien como yo, no es solo partidario sino devoto, de acudir a los principios generales en el momento de dar una respuesta verdaderamente jurídica a un caso conflictivo de la vida.

Por lo tanto no es fácil compartir la tesis de la Sentencia que se comenta acerca de que el sentido literal de los preceptos controvertidos es el de que la vía pública se comprende entre los lugares en los que está prohibida la venta de bebidas alcohólicas. Este es ciertamente el punto que está en discusión; y está en discusión no porque con fundamento en el principio general del derecho *odiosa restringenda* se pretenda rectificar la letra o, incluso, el sentido del precepto legal, sino porque es discutible el alcance de la norma respecto de si determina y cómo en su caso un supuesto de hecho capaz de particularizar la cláusula general limitativa de la publicidad que se contiene en el art. 28.1.h) LComM y en el que pudiese subsumirse el caso objeto de la litis del de dimana el recurso de casación cuya Resolución se comenta. Para alcanzar el

conocimiento de tales pormenores es absolutamente necesario proceder a una interpretación del mismo precepto que se atenga al sistema de jerarquía de fuentes que reconoce la primacía de la ley sobre los principios. Luego no puede precisamente tenerse por presupuesto lo que sólo puede ser fruto de la interpretación; y así es diga lo que diga la Sala Primera, y pese a su, por lo menos, curioso si no fuera tan sospechosamente repetido, aborrecimiento hacia toda argumentación interpretativa que intenta descalificarse tildándola de “lógico-formal” como si la lógica, formal y no formal, no fuese el *novum organum* inevitable para cualquier argumentación merecedora de tal nombre y, desde luego, para razonar en derecho puesto que, insisto por lo extendido por desgracia del error a que me refiero, de ninguna manera puede prescindirse de la lógica al desarrollar cualquier tipo de razonamiento racional, esto es, que se asiente en la razón y no en el irracionalismo que implica aparentar que se argumenta cuando se pretende imponer el sentimiento o la ideología. Por cierto que, sin que sea momento de detenerse en ello, conviene decir que el irracionalismo en estas materias implica el más refinado racionalismo puramente formal mientras que el aparente racionalismo que se repudia en nuestro caso por la Sala Primera no solo no es manifestación del estéril racionalismo de la Ilustración, sino que mantiene a la razón material en el puesto que le corresponde y del que no debe ser desalojada.

Pues bien, de retorno a nuestro caso, hay que afirmar que ningún precepto de ninguna ley dice que la calle sea lugar de prohibición para la publicidad de bebidas alcohólicas por lo que esa prohibición solo puede deducirse entonces mediante el recurso a tener como referente suyo la prohibición que se establece para el consumo o la venta de bebidas alcohólicas en la vía pública. En efecto, los términos literales del artículo 28 LComM, que es el que indica los lugares en que se prohíbe la publicidad de las bebidas alcohólicas, no señala *expresamente* a la vía pública como uno de esos lugares. La particular prohibición solo puede mantenerse, en consecuencia, mediante la interpretación de lo dispuesto en el apartado 1.h) del citado precepto que puede entenderse que opera como cláusula general de cierre del sistema al declarar que la prohibición de hacer publicidad de las bebidas alcohólicas alcanza a los lugares en que este prohibida la venta y consumo de esos productos.

Consiguientemente, debemos remitirnos al artículo 30 de la tan repetida LComM que se refiere a las prohibiciones relativas a la venta y consumo de bebidas alcohólicas y que es donde se habla de las vías públicas de la Comunidad de Madrid como lugares en que la venta y consumo de bebidas alcohólicas se **limita**, término éste, al que por cierto se refiere la rúbrica del Capítulo II de la Ley en que se sitúa su artículo 30; ya es significativo que el artículo 28 LComM que es el primero al que debe acudir en nuestro caso se contenga en el Capítulo I de la Ley, que se rubrica “de las limitaciones a la publicidad y promoción de bebidas alcohólicas y tabaco”.

Ya el término *limitaciones* evoque excepciones o no, en todo caso no es posible afirmar sino en virtud de un prejuicio que *cualquier* calle y *toda* calle y en toda su dimensión es un lugar en que está prohibida la venta o consumo de bebidas alcohólicas. Ya que el Excelentísimo Señor Magistrado Ponente se muestra tan hostil al razonamiento lógico

debería haberse abstenido de los rigores de un juicio **meramente** lógico que le lleva a establecer sin posible controversia que el tan repetido artículo 30.3 de la LComM formula una regla: la prohibición del consumo y venta en todas las vías públicas y en toda la extensión de cada una de ellas a la vez que dispone dos excepciones por las que se declara, de un lado, lícito el consumo y la venta en los lugares de las vías públicas destinados a terrazas y veladores y, de otro, en los días de feria o fiestas patronales, deduciendo sin más que, puesto que las vallas denunciadas en el procedimiento no se acogen a ninguna de éstas excepciones, ha de aplicárseles la regla general de prohibición.

Pues bien, no importa repetirlo, esto es lo que está en el centro de la cuestión desde el primer momento en el proceso del que trae causa el recurso de casación que se resuelve por la Sentencia que es objeto de comentario; y, ateniéndonos, como es obligado, a la interpretación literal, lógica y sistemática de la propia LComM en su conjunto, lo que ha de quedar invalidado precisamente es el resultado *exclusivamente* lógico a que llega el Excelentísimo Señor Magistrado Ponente y, ni que decir tiene, también todos los Excelentísimos Señores que forman el Pleno de la Sala. Veamos.

A las prohibiciones de la publicidad se refiere, como sabemos, el artículo 28 de la tan citada LComM. Las prohibiciones en ese precepto precisamente se vinculan a los lugares e incluso a los soportes en que pudiera desarrollarse, de no estar prohibida, la comunicación publicitaria sobre bebidas alcohólicas. En el citado artículo no se encuentra mencionada expresamente la vía pública, y se señalan, en cambio, como soportes publicitarios vedados a los mensajes sobre bebidas alcohólicas tanto “el interior como el exterior” de los medios de transporte público y también “los locales o estancias destinados para la espera de estos transportes públicos” (cfr art. 28.1 g) LComM). Es evidente que al menos alguno de los medios de transporte público discurre por la vía pública con lo que entre las estancias destinadas para su espera pueden incluirse las llamadas comúnmente marquesinas en la jerga del mobiliario urbano. Si la prohibición de publicidad en los supuestos del artículo 28.1 g) de la tan repetida LComM puede tener algún sentido es por considerar el carácter de soporte publicitario de los medios de transporte y de las marquesinas. Y si se prohíbe el uso de tales soportes para la difusión de publicidad de bebidas alcohólicas, ello no es claramente por la inidoneidad inherente a los soportes, sino porque por su exhibición en la vía pública difunde la publicidad en ese escenario. He aquí, pues, una referencia, aunque *implícita* a la prohibición de la publicidad de bebidas alcohólicas efectuada en la vía pública. Pero que la ley contenga ésta implícita pero bien *concreta* prohibición de la publicidad en la vía pública ha de llevar a concluir, de acuerdo necesariamente con las reglas de la interpretación jurídica, que no se prohíbe en general la publicidad de las bebidas en la vía pública.

Esa conclusión es inevitable en vista del silencio de la norma sobre la vía pública como lugar en que esté prohibida la publicidad de bebidas alcohólicas y al comprobar que la prohibición solo se refiere a determinados soportes que discurren por o se encuentran en la vía pública. Por consiguiente, la vía pública sin ninguna especificación no es uno de

los lugares en que se prohíba la publicidad de bebidas alcohólicas y esto no solo se deduce de la interpretación literal y lógica sino también de la sistemática que impone nada menos que el artículo 3 del Código Civil. Quizá convenga destinar unas palabras a la modificación del Código por la que se le dio a ese precepto la redacción que conserva hoy. En su actual redacción el artículo 3 CC recoge, de manera por completo innecesaria, un proceso ineludiblemente inherente y por eso inveterado a la formación del juicio destinado a la realización del derecho en general por parte de los juristas y por parte de los jueces en particular a la formación del juicio que se traducirá en la sentencia. La inherencia insoslayable para la acción humana que realiza el jurista en general y el juez en particular de atenerse al tiempo y circunstancias en que la acción se realiza hacía innecesaria la referencia en general a todos los criterios interpretativos a que se refiere el citado artículo 3 CC y en particular el criterio histórico-sociológico (3). La impertinente reforma del Código Civil que acogió los criterios interpretativos señalados provoca efectos desastrosos como sucede siempre en el derecho respecto del que, en contra del viejo refrán castellano “lo que abunda sí daña”.

Y daña, sin duda, porque confunde constituyendo lo que los comunicólogos llaman con razón un “ruido” que dificulta la comprensión pero, sobre todo, porque ha consagrado la interpretación “histórico-sociológica” como caballo de Troya para cualquier ocurrencia del juez sin más que declararla conforme con la opinión dominante en ese momento; como si lo que cualquier juez de cualquier momento histórico hubiese podido dictar resolución en derecho sin atender a la realidad jurídica del momento en que vive, pero no atendiendo a sus ocurrencias o sentimientos. Lamentaría muy sinceramente que se pudiese tomar la manifestación que acabo de efectuar como de índole meramente formal y ajena, por lo tanto, a la interpretación jurídica. Por mi parte, y creo que compartiéndola en términos generales con todos los que conocen los avances en relación con la verdad comunicativa o hermenéutica, la interpretación del derecho no puede quedar al margen de sus enseñanzas.

Volviendo al tema nuclear, la Sentencia que se comenta se centra en la consideración de que, puesto que el consumo o la venta de bebidas alcohólicas está prohibida en la vía pública salvo las excepciones de lugar y tiempo que se establecen por el artículo 30.3 de la LComM citada, ésta norma de prohibición debe tenerse, a tenor de la cláusula general del artículo 28.1. h) del mismo texto legal, como referencia para la prohibición de la publicidad de las bebidas alcohólicas en la vía pública.

Es completamente inaceptable por antijurídico fundamentar en el artículo 30.3 de la LComM la prohibición de la publicidad de bebidas alcohólicas difundida en soportes visibles desde las vías públicas de la Comunidad de Madrid. Y es inaceptable porque la aplicación que se hace del precepto resulta incoherente con la cuestión objeto de la litis. Para la Sentencia que se comenta dicho artículo 30.3 LComM considera la totalidad de las vías públicas como escenario inhábil para el consumo y venta de las bebidas alcohólicas con dos excepciones: las terrazas y determinados periodos de tiempo y por

3. TORRALBA SORIANO, V. “Aplicación de las normas jurídicas” en *VVAA, comentarios a las reformas del Código Civil*, Vol. I Tecnos, Madrid, 1977, pp. 161-165.



supuesto siempre que se tenga las oportunas licencias. Dado que la publicidad que se denuncia en la demanda que origino el procedimiento no encaja en ninguna de esas dos excepciones, ha de considerarse prohibida.

Sencillamente resulta rigurosamente ilógico extraer de la premisa indicada semejante conclusión. Con todo respeto, pienso que la aversión a la lógica expresada por el Excelentísimo Señor Magistrado Ponente no puede llevarse tan lejos como para proceder por completo de espaldas no ya a la lógica formal sino a la lógica jurídica más elemental.

Porque, diga lo que diga la sentencia lo cierto es que del artículo 30 LComM se desprende que la vía pública no es un lugar en que esté *incondicionalmente* prohibida la venta o el consumo de bebidas alcohólicas. Y puesto que el repetido artículo 30 LComM ha de tenerse necesariamente en cuenta para la formulación del supuesto de hecho determinante de la aplicación de la cláusula general contenida en el artículo 28.1 h) de la misma y tan repetida Ley y por lo tanto para establecer la prohibición de la publicidad de bebidas alcohólicas en la calle, importa muy mucho, es más resulta jurídicamente *obligado* llegar a conocer si la *condicionada* prohibición del consumo o la venta en la vía pública del artículo 30.3 de la repetida Ley lleva a la determinación necesaria para la aplicación del artículo 28.1. h) de la LComM. Inevitable es pues conocer los términos del condicionamiento de la prohibición de la venta o consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública.

De la excepción que establece el repetido artículo 30.3 de la LComM relativa a determinados periodos de tiempo no hemos ocuparnos ahora pues que lógicamente nada tiene que ver con el problema objeto de litigio que para nada se refiere a una dimensión temporal de la publicidad. No obstante me veo precisado a recordar que tener en cuenta la excepción “*pro tempore*” ha sido inevitable para establecer la condicionalidad de la prohibición del consumo y venta de bebidas alcohólicas en la vía pública y que, por lo tanto, la vía pública no es de suyo un lugar en el que incondicionalmente estén prohibidos el consumo o la venta.

La otra excepción, relativa a las terrazas, no cabe duda que se refiere al lugar y no al tiempo en que pueden consumirse o venderse bebidas alcohólicas dentro del espacio público. En consecuencia, desde este punto de vista se fortalece la *condicionalidad* de la prohibición de la venta o consumo de las bebidas porque ahora ya se está haciendo referencia a un lugar, aspecto que nos enlaza directamente con el artículo 28.1. h) de la LComM. Este vínculo lógico nos permite sostener primero, que no toda la vía pública por serlo es escenario donde esté prohibida la venta y consumo de las bebidas alcohólicas, sino que hay lugares de la vía pública en las que sí se pueden vender o consumir. La consecuencia ha de ser trasladada íntegramente al terreno del artículo 28.1 h) tan repetido que es, recordémoslo el que se refiere a la publicidad y no al consumo o la venta y que es el que, por consiguiente, se refiere directamente al problema objeto de la litis de que dimana el recurso de casación que ahora se examina.

Luego, una primera conclusión ha de ser que, puesto que la vía pública no es un lugar en que este incondicionalmente prohibida la venta y consumo de bebidas alcohólicas, aunque lo esté condicionadamente, se hace necesario averiguar si las vallas que ocasionaron el procedimiento al que pone fin la Sentencia que se comenta podría acogerse o no a la excepción por el lugar del artículo 30.3 de la LComM. Y para ello, piense lo que piense el Excelentísimo Señor Magistrado Ponente, a quién presento mis respetos, es imprescindible efectuar de nuevo una interpretación; y en este caso, una interpretación del sentido de la norma porque solo conociendo su sentido podremos formular una conclusión jurídica.

Hasta aquí hemos llegado a saber que la vía pública no es lugar prohibido para la publicidad de bebidas alcohólicas en el sentido del artículo 28.1. h) de la citada LComM. La conclusión es que si se pueden consumir o vender esas bebidas en espacios de las vías públicas, en esos espacios se puede efectuar publicidad de dichos productos. Y por si fuera poco, la experiencia nos convence de ello; casi se podría hablar de que la publicidad en los recintos de las terrazas es un “hecho notorio” *stricto sensu*. Pero siendo así, no solo si queremos rendir culto a la razón sino, sobre todo, si tenemos que resolver en derecho, resulta obligado preguntarnos por el fundamento o motivo que pueda tener la prohibición de exhibir publicidad de bebidas alcohólicas fuera de los recintos acotados para las terrazas. La pregunta es inevitable porque tanto se hace visible la publicidad adosada a mamparas o sombrillas u otros elementos de las terrazas para quienes las ocupan como para los transeúntes, tan visible es esa publicidad para éstos como la no adosada a elementos situados en los espacios acotados. Con todo respeto y humildad me parece que la pregunta formulada está lejos de pertenecer al género de la lógica formal por venir dictada por las exigencias mínimas de la lógica jurídica por atenerse a descubrir la finalidad de la norma.

En este punto conviene referirse a que la Sentencia que se comenta parece atenerse a un razonamiento que sirvió al juez de Primera Instancia para absolver de la demanda a la demandada pero que no resulta fácil entender. Sé señalaba como uno de los fundamentos del fallo absolutorio que en el caso controvertido se trataba de publicidad realizada mediante soportes fijados en inmuebles de propiedad privada. No es fácil, en efecto, entender el argumento que acaba de reproducirse puesto que la controversia objeto del litigio no se planteaba en relación con el uso o aprovechamiento de bienes públicos o privados, sino con la proyección hacia los que transitan por la vía pública del mensaje publicitario que los soportes emitían cualesquiera fuese la legitimación para poder adosar o fijar dichos soportes. De todas formas, la argumentación del juzgado de Primera Instancia era irrelevante sobre todo una vez que el fallo resultaba absolutorio por motivos fundados.

Pero precisamente en la Sentencia de la casación que se comenta se alude también al argumento al que me vengo refiriendo para rechazarlo de manera expresa. Se entiende perfectamente ese rechazo si se parte de la convicción de que la controversia se origina alrededor de la publicidad como mensaje capaz de impactar a todos los transeúntes por la vía pública. Pero he aquí que esta determinación lógica, de lógica formal y lógica

jurídica insisto, del objeto de la controversia no se compadece, en cambio, con la consideración de que desde una terraza situada en la vía pública puedan emitirse mensajes publicitarios de bebidas alcohólicas que se proscriben a la vez en el resto del espacio público. Porque es de toda evidencia, razón por la que no puede negarse, que los mensajes publicitarios lanzados desde el recinto abierto de las terrazas no solo alcanzan a quienes en ella están consumiendo, sino también a cuantos pasan por la vía pública. En consecuencia, resulta sencillamente ilógico tener por establecido que para la ley el hacer publicidad desde las terrazas es una excepción a la regla general de prohibición de la publicidad en las vías públicas. Por eso sorprende que, a la vez que se acepta, como la Sentencia hace, que la prohibición de la publicidad en la calle se formula porque el mensaje alcanza a todos cuantos transitan por ella rechazando implícitamente, incluso expresamente, el argumento relativo al título de legitimación que el anunciante pueda tener para lanzar sus mensajes desde determinados lugares, resulte que se acabe por aceptar el argumento referido al sitio en que se encuentra el soporte desde el que la publicidad se emite y no el que resulta del público al que el mensaje alcanza. Esa incongruencia se deduce de que sea determinante el sitio terraza en que se encuentre ubicado el medio difusor del mensaje publicitario con independencia del radio de su público objetivo.

Como se advierte, la contradicción en que incurre la Sentencia de casación pone al descubierto lo necesario que era una verdadera tarea interpretativa de las normas que, sin embargo, ha dejado de hacerse tanto por la Sentencia de la apelación como por la de la casación; tarea interpretativa que debería ser culminada, que no originada, pero desde luego sí culminada por el principio general *odiosa sunt restringenda, favorabilia amplianda*. Y eso es ineludiblemente así si se tiene en cuenta el modo como se afectan los derechos implicados por la emisión de la publicidad cuestionada en el procedimiento.

5. Entrando en el fondo de la cuestión y aunque no es fácil establecer la verdadera *ratio decidendi* de la Sentencia que se comenta dada la falta de rigor en el modo de exponer las cuestiones decididas por la Sentencia de instancia y también por su falta de fundamentación, se puede sin embargo establecer que la cuestión objeto de la *litis* se centra alrededor del derecho reconocido en el artículo 38 de la Constitución sobre el ejercicio de la libertad de empresa en un sistema de economía de mercado dado que al contenido de este derecho pertenece el de realizar publicidad (4).

No se desmiente por la Sentencia de casación que la emisión de mensajes publicitarios pertenezca al núcleo del contenido de dicho derecho pero éste se emborrona o difumina por la referencia al llamado “derecho a la salud” (sic) al que se le reconoce por cierto la categoría de derecho fundamental de la persona. Puesta la Sala ante esta tesitura, no duda en sacrificar el derecho a la libertad de empresa al por ella supuesto derecho a la

4. DE LA CUESTA RUTE, JM. “La publicidad y el sistema económico constitucionalizado”. Procesos de mercado. Vol. V, 1, primavera 2008, pp. 223-241.

salud. Y en este punto es de notar la ausencia del más mínimo rigor nada menos que en la conceptualización de los derechos y, en definitiva, del orden constitucionalmente imperado.

Inevitablemente esta falta de rigor se traduce en la consecuencia de la prohibición de la publicidad en la vía pública que consiguientemente no puede considerarse sino fruto de un prejuicio por parte de la Sala que, obediente a un mero voluntarismo por completo arracional, deja a los pies de los caballos la función decisiva que corresponde al Tribunal Supremo como Tribunal de casación.

La falta de rigor se aprecia incluso sin necesidad de profundizar en exceso. Nótese que en el Fundamento de Derecho Tercero bajo el ordinal 1) del subepigrafe B) se menciona expresamente al *derecho a la salud* y se le sitúa entre los derechos fundamentales de la persona. Pues bien, en el apartado (ii) del ordinal 5) del mismo subepigrafe B) del propio Fundamento de Derecho Tercero, si bien de pasada, se vuelve a aludir al derecho a la salud e indirectamente se le considera integrado en el “conjunto del sistema de derechos constitucionales” aunque se reconoce que la protección a la salud se contempla por la Constitución como un “principio rector de la política social y económica”. Advirtamos la confusión entre “derechos” y “principios rectores”.

Claro que esta falta de rigor representa la ausencia del mismo en un plano mucho más profundo y significativo, dicho sea con el mayor respeto para los Excelentísimos Señores Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Porque la confusión entre “derechos” y “principios rectores” determina la *ratio decidendi* del fallo casacional que sostiene la prohibición para los anuncios de bebidas alcohólicas denunciados en el procedimiento.

Vaya por delante que, por mi parte, no desconozco, como es natural, la necesidad de entender la totalidad de los derechos constitucionales como un conjunto o constelación en la que cada uno debe ocupar su propio lugar según las circunstancias del caso que se plantea. Pero esta necesidad de ajustar los derechos en el momento de tener que aplicarlos se refiere sólo a los verdaderos derechos reconocidos en la Constitución como tales derechos; es decir, a los derechos que se enuncian de una manera u otra, en los artículos 14 a 38 ambos inclusive de la Constitución y que son a los que se refiere indudablemente su artículo 10. Es de esperar que nadie pueda tacharme de esclavo de la lógica formal (cosa que, por lo demás, no consideraría nunca vejatoria, sino al contrario), si subrayo que el acogimiento de la salud en la Constitución bajo la consideración de un “principio rector de la política social y económica” (cfr. artículo 43 CE) tiene, por lo pronto, la consecuencia de que el *bien jurídico* de la salud no constituya el contenido de ninguno de los derechos integrados en la constelación a la que antes nos referíamos como constituida por los verdaderos derechos. Porque es la propia Constitución la que con la palabra derecho alude a una realidad por completo distinta de la que resulta aludida con la palabra principio. Y esta distinción no se basa en ninguna consideración metafísica, sino que se deduce inmediatamente del régimen que la propia Constitución otorga a la protección de unas y otras realidades.

Sin duda, como no podía ser menos, a los Excelentísimos Señores Magistrados de la Sala Primera del más Alto Tribunal les podría resultar violento expresar directamente que no reconocían dicha diferencia; razón por la cual, sin duda también, hablan, como hemos visto, en diversos lugares de la salud como objeto de un derecho. Claro es que lo que sirve para vestir a un santo deja desnudo a otro porque si mediante este subterfugio se integra la salud en los bienes jurídicos a lo que se refieren los derechos se están asimilando los derechos a los principios. Como resulta más que censurable esta asimilación, hete aquí que al final del apartado ii) del ordinal 5) del subepígrafe B) del Fundamento de Derecho Tercero, es decir, al final de la fundamentación jurídica de la Sentencia de la casación se dice textualmente: *“la promoción de la salud es contemplada por la CE como un principio rector de la política social y económica pero esto no significa que la salud solo tenga relieve constitucional desde este punto de vista, pues el daño a la salud afecta a derechos fundamentales de primer orden como son el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica”*. Según esta apreciación, la salud aparecería a la vez como objeto de un derecho y de un principio rector, pero notemos que, mientras que cuando se trata del principio rector la salud aparece expresamente mencionada (cfr. art. 43 CE), que la salud integre el contenido del derecho a la vida se debe a una inferencia del juzgador. Dado que considerar a la salud como bien jurídico determinante de un principio rector o como contenido de un derecho propiamente tal tiene radicales consecuencias jurídicas para el objeto de la *litis* de la que el recurso de casación dimana, consecuencias que es de presumir que conocen los Excelentísimos Señores Magistrados, se tiene que hacer una inconcebible pirueta intelectual para sostener que la salud integra también el contenido de un verdadero derecho. Aunque no sería necesario, no resisto la tentación de extenderme sobre éste último particular.

No obstante que en ningún momento, que ya es decir, la Sentencia aluda a que la Constitución dispense diferente protección a los derechos y a los principios rectores, esa diferencia se contiene, en el artículo 53 del texto constitucional que literal y terminantemente distingue entre “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título” y “la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III” del mismo Título. El derecho a la libertad de empresa se encuentra entre los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución (art.38 CE) mientras que la protección de la salud se integra expresamente en el conjunto de los principios rectores a los que se refiere el Capítulo III del mismo Título I de la Constitución. Bastaría con éstas consideraciones para estimar, en primer lugar, inconfundibles y no susceptibles de mezcolanza alguna los derechos y los principios. Y, en segundo término para hacer prevalecer el derecho de libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución como tal derecho sobre el “derecho a la protección a la salud” establecido en el artículo 43 de la Constitución entre los principios rectores de la política social y económica. Aun sin entrar a discutir en este momento que los llamados derechos-prestación pertenezcan a la categoría jurídica de derechos propiamente tal, no deja de ser sumamente significativo que, por otra parte como no podía ser menos, la Constitución no hable de un “derecho a la salud” sino de un “derecho a la protección de la salud”, y es que los llamados derechos-prestación

postulan un hacer de las administraciones públicas cuyas satisfacción y “demanda” se ordena por cauces que justifican que se hable de principios rectores de la política social y económica y no de derechos.

Parece significativo que la Sentencia casacional que se comenta ignore por completo los aspectos que acaban de señalarse y que, en cambio, repitámoslo, insista en confundir derechos y principios con inusual y torpe retórica. La diferenciación entre la protección de los derechos y de los principios rectores sería por completo ilusoria si a cualquier autoridad judicial en cualquier momento y circunstancia y sin la menor justificación argumentadora se le reconociera la facultad de introducir el bien jurídico que se ha de promocionar según un principio rector en el contenido de cualquiera de los derechos propiamente dichos; proceder así supone ir contra el rango que para los derechos y los principios señala terminantemente la Constitución; y ésta consideración la sostiene quien no duda en otorgar a la jurisprudencia la función egregia, y hasta cierto punto creadora de las normas, de determinar los principios generales del derecho y, en este sentido, también los valores que pueden estar latentes bajo un “principio rector”. Pero aun partiendo de ese reconocimiento siempre habría que mantener, de un lado, la subordinación de los valores a la norma constitucional escrita y, de otra, nunca se confundirían los regímenes de protección. Incurrir en la confusa combinación de la Sentencia habría de ser reprobado si en ella incurriere un joven estudiante de derecho que, como no es infrecuente, para apoyar sus *dicta* en la resolución de un caso práctico acumula aparentes razones en su argumentación sin darse cuenta de que muchas veces tales razones no lo son y simplemente acumularlas representa un acarreo de materiales cuyo volumen tan desproporcionado como irracional acaba sepultando al alumno de nuestra anécdota.

Según el peregrino dizque discurrir de la Sentencia, todos o casi todos los principios rectores, en tanto que se constituyen sobre o se refieren a bienes jurídicos o valores relativos a las personas, de una manera u otra podrían confundirse con los derechos puesto que esos bienes o valores tienen encaje en el preciso contenido de alguno de los derechos constitucionales. Pero hacer de la realidad que acaba de expresarse el presupuesto para efectuar una miscelánea caprichosa y voluntarista es algo proscrito por imperio de la Constitución. El inexcusable mantenimiento de la diferencia entre “derechos” y “principios rectores” lleva a la conclusión de que el derecho a la libertad de empresa ha de prevalecer sobre el principio rector de protección a la salud aunque el primero pueda ser definido por las disposiciones relativas a la protección de un bien jurídico como la salud siempre que esa protección se encuentre establecida en una ley que respete el contenido esencial de aquel derecho (cfr. art.53.1 CE), cosa que, como hemos visto ni se da ni tampoco sería lógico se diera teniendo en cuenta que si la publicidad de bebidas alcohólicas en la vía pública afectase ineludiblemente a la salud no debería poder ser difundida en ningún espacio de las calles.

A este modo de ver las cosas y no a otro responde la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que se citó tanto a lo largo del procedimiento como especialmente en la Sentencia de la apelación como en el propio recurso de

casación que se refieren una y otra a si cabe imponer limitaciones o no a la publicidad de bebidas alcohólicas. En realidad, esta es cuestión que nunca fue objeto de discusión en el proceso que aquí se contempla porque en él nunca se discutió que el derecho a hacer publicidad de bebidas alcohólicas pueda concebirse como irrestricto o ilimitado, sino que lo que se discutió es si el límite que se le atribuía por la Sentencia de instancia estaba o no justificado por las normas legales que se invocaban y por los principios que también se hacían jugar. Y en este sentido la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas abona la tesis rechazada sin la menor argumentación por la Sentencia de la casación que se comenta de que es exigible atender a los criterios de *necesidad y proporcionalidad* a la hora de establecer los límites. Consiguientemente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas precisamente apoya la misma tesis de la demandada en el proceso y recurrente en casación porque tanto el principio de necesidad como el de proporcionalidad en el ámbito español han de presidir la interpretación de las normas y de los principios que establecen los límites, en nuestro caso prohibición, de la publicidad de las bebidas alcohólicas.

En el caso que nos ocupa, tanto la Audiencia Provincial en la apelación como la Sala Primera del Tribunal Supremo en la casación estaban obligadas a matizar el alcance de la limitación que la LComM impone a la publicidad de las bebidas alcohólicas; matización que por referirse al contenido de uno de los derechos reconocidos en la Constitución (art.38 CE) debía efectuarse con el más absoluto rigor y siempre en último término sobre la base del principio *odiosa sunt restringenda, favorabilia amplianda*.

Aun a riesgo de que por cualquier irracionalista se me tache de esclavo de la lógica no tengo más remedio que resaltar los sucesivos errores intelectuales en que necesariamente se incurre cuando se estima que de manera irrefragable la publicidad de cualquier bebida alcohólica en la vía pública puede efectuarse siempre que los mensajes se emitan desde precisos lugares físicos de la propia vía aunque se hagan patentes a la percepción de todos los usuarios de la calle cuya salud parecería no se sabe por qué causa no ser afectada en contraste con la eficacia con que resultaría afectada, al parecer de manera inexorable, la salud de los propios viandantes en el caso de que el mismo mensaje publicitario se emitiera desde un soporte situado en un lugar de la calle distinto del ocupado por una terraza.

Creo que no es necesario extenderse en mayores explicaciones sobre este particular pero acaso conviene subrayar que al considerar que está prohibida la publicidad de bebidas alcohólicas en la vía pública siempre que no se emitan los mensajes desde un determinado lugar de la calle, se incurre en una contradicción lógica que resulta inconcebible para los partidarios de los llamados derechos-prestación, acogedores de los bienes jurídicos a los que se refieren los principios rectores, como parecen ser los Excelentísimos Señores Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Si la publicidad de la bebida alcohólica en las condiciones dichas ha de reprimirse en obsequio a la conservación de la salud como bien jurídico de los ciudadanos cuya vulneración nada menos que atenta contra el derecho a la vida, una pregunta resulta inevitable; ésta: ¿cómo y por que los providentes cuidadores públicos de la salud de los

inocentes ciudadanos no proceden a la absoluta prohibición no ya de la publicidad sino del comercio mismo de las bebidas alcohólicas?

Una reflexión semejante sería procedente también respecto del derecho a la propiedad privada a que se refiere como tal derecho el artículo 33 de la Constitución si se piensa en que la fijación de los soportes publicitarios en un bien constituye uno de los modos de aprovechamiento de la propiedad de éste. Así puede tener sentido ciertamente la referencia que el juez de Primera Instancia efectuó a la circunstancia del carácter privado de los bienes en que se fijaban las vallas del pleito. Pero ya ha quedado dicho que por mi parte considero hasta cierto punto indirecto este argumento frente al que se centra en la condición de la publicidad como mensaje comunicativo al público.

Admitido el vínculo inescindible entre el ejercicio de la comunicación comercial y el derecho a la libertad de empresa en una economía de mercado, toda limitación a la comunicación publicitaria supone un claro recorte a la capacidad creadora del bienestar material que es gobernado por los procesos de mercado. Parecería un contrasentido que las ideologías fundamentadas en la preocupación por los desfavorecidos condensaran su emotivismo en sentimientos opuestos a las acciones capaces de conseguir que decrezca el número de desfavorecidos. Claro es que, seguramente no es acertado mi juicio porque muy bien se puede pensar que es tanto el amor a los pobres que se quiere multiplicar su número a fin de poder desarrollar máximamente la propia capacidad de amar al tener que expresarlo respecto de tantos.

En fin, que sea ésta la razón u otra que se me oculta el caso es que la publicidad vuelve a presentarse como chivo expiatorio como en otras muchas ocasiones.