

Id. Cendoj: **28079110012011100013**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Nº de Recurso: **185/2007**
Nº de Resolución: **891/2010**
Fecha de Resolución: **03/01/2011**
Procedimiento: **Casación**
Ponente: **JUAN ANTONIO XIOL RIOS**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Enero de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida en Pleno por los señores al margen anotados, el recurso de casación que con el número 185/2007, ante la misma pende de resolución, interpuesto por el procurador D. Javier Domínguez López, en nombre y representación de la entidad Bacardí España, S.A., contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo 89/2004, por la Sección 20.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 25 de septiembre de 2006, dimanante del juicio verbal número 25/2003 del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Madrid. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el procurador D. Roberto Granizo Palomeque en nombre y representación de la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC).

Antecedentes de hecho

PRIMERO . - El Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Madrid dictó sentencia de 30 de abril de 2003 en el juicio verbal 25/2003, cuyo fallo dice:

«Fallo

»Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por el procurador Sr. Roberto Granizo Palomeque en nombre y representación de Asociación de Usuarios de la Comunicación contra Bacardí España, S. A., absolviendo como absuelvo de los pedimentos formulados contra la demandada y todo ello sin hacer expresa condena de las costas causadas en la presente instancia a ninguna parte».

SEGUNDO . - La sentencia contiene los siguientes FFDD:

«Primero. En la demanda origen de este procedimiento se solicita se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos:

»1.º Estime la presente acción de cesación por tratarse de publicidad ilícita, por prohibida legalmente la que realiza la demandada en su campaña publicitaria.

»2.º Se acuerde la cesación de la campaña en el plazo de tres días contados a partir de la firmeza de la sentencia.

»3.º Se acuerde la publicación total de la presente sentencia, con cargo a la demandada, en los tres periódicos de mayor difusión de la Comunidad de Madrid, de forma que esa publicación ocupe al menos un tercio de una de las páginas relevantes destinadas a información de la Comunidad de Madrid, durante tantos días como se hubiere estado difundiendo ilícitamente la publicidad en la vía pública de la demandada.

»4.º Se imponga una multa de 60 000 euros por día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo anteriormente señalado, vista la naturaleza e importancia del daño producido a la salud pública y la capacidad económica del condenado, y todo ello en base al siguiente hecho: Que en ejecución de una campaña publicitaria, la entidad mercantil demandada ha venido instalando vallas publicitarias de su marca de whisky White Label, en diferentes vías públicas de la Comunidad de Madrid, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2002 de 27 de junio sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos de la Comunidad de Madrid.

»Como quiera que, a tenor de la citada ley 5/2002 , se prohíbe expresamente la publicidad, directa e indirecta, de bebidas alcohólicas en todos los lugares donde esté prohibida su venta, suministro y consumo (art. 28 .h), y no se permitirá la venta ni el consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública (art. 30.3), se ejercita la presente acción de cesación publicitaria, y ello en base a la Ley 34/88 redacción dada por la ley 39/2002 y Ley de la CAM 5/2002, de 27 de junio sobre drogodependencia y otros trastornos adictivos. La parte demandada como motivo de oposición alega la indebida aplicación de la Ley General de Publicidad en su artículo 8.5 invocado de contrario por ir referido a la publicidad por televisión, que las vallas de publicidad denunciadas no infringen la prohibición del art. 28 , que no cabe realizar una interpretación extensiva de una norma limitativa de derechos, que la legislación autonómica distingue un régimen de publicidad y promoción, arts. 27 a 29 , de otra de régimen de venta y consumo, art. 30 , que este artículo no indica que la vía pública y no sea un lugar donde esté prohibida la venta, al contemplar excepciones. Por último se invoca el derecho a la libertad de empresa y al ejercicio de la publicidad.

»Segundo. Se ejercita por la parte actora la acción de cesación publicitaria contenida en el art. 29 de la Ley 34/1988 General de Publicidad , conforme la redacción dada por la Ley 39/2002 , por considerar que se está ante una campaña publicitaria que contiene un mensaje ilícito en cuanto publicidad prohibida al tratarse de la promoción de un producto que no puede publicitarse en la vía pública, ni directa ni indirectamente por disposición legal.

»El art. 3 de la Ley 34/88 , considera publicidad ilícita en su apartado e) aquella que infrinja lo dispuesto en la normativa que regula la publicidad de determinados productos, bien, actividades o servicios. En el art. 8 apartado 5 párrafo segundo, se establece que queda prohibida la publicidad de bebidas alcohólicas y de tabacos en aquellos lugares donde está prohibida su venta o consumo, párrafo complementario del anterior que prohíbe la publicidad de bebidas alcohólicas de más de 20 grados por medio de televisión.

»La Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid de 5/2002, sobre Drogodependencias y otros Trastornos Adictivos, contempla en su articulado 27 a 29 el régimen jurídico de la publicidad de bebidas alcohólicas. Así el art. 28 fija una relación simple de lugares en los que se prohíbe la difusión de bebidas alcohólicas, con un apartado genérico 28 H) para todos los lugares donde está prohibida su venta suministro y consumo. El art. 30 establece un catálogo de lugares donde se prohíbe la venta y consumo de bebidas alcohólicas y concretan el apartado 3 que ni se permitirá la venta ni el consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública con las excepciones que el mismo matiza, terrazas, veladores, días de feria, fiestas patronales, etc.

»Tercero. Conforme al art. 3 del C. Civil las normas se interpretaran según el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos, legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquélla.

»Este precepto contiene una enumeración abierta de ciertos criterios de interpretación que no excluyen cualquier otro medio interpretativo pues son de aplicación los principios generales sobre todo constitucionales, la equidad y las reglas de la lógica. Por otra parte tratándose como en el presente caso de norma prohibitiva la jurisprudencia es constante en su criterio restrictivo de interpretación.

»Frente a una interpretación literal simple de determinados apartados de los artículos anteriormente reseñados sostiene la parte demandada que una interpretación sistemática del conjunto de la Ley no permite concluir que ésta prohíba la publicidad de bebidas alcohólicas en la vía pública.

»Distiguendo entre publicidad art. 28 y venta y consumo art. 30, enumera el primero una serie de lugares concretos como son locales, centros como los docentes, los destinados a menores de 18 años, los dependientes de la administración autonómica, estancias destinadas a la espera de transportes públicos, donde se prohíbe la venta. Estas prohibiciones resultan innecesarias, con la interpretación de ambos preceptos, pues en ellos está prohibida la venta o su consumo. El propio legislador introduce salvedades en la venta en la vía pública, como terrazas, ferias, veladores, lo que conlleva a considerar que la prohibición de publicidad de bebidas alcohólicas, precisaría de una prohibición expresa pues resultaría ilógico que la publicidad de bebidas alcohólicas fuese posible durante las estaciones del año en que las terrazas abren o sólo en las calles que contienen las excepciones que contempla el propio art. 30 en su apartado tercero .

»Por otra parte la interpretación de vía pública no puede realizarse de un modo tan amplio que entre a comprender lo que es fachada de un edificio privado o el escaparate de un bar tenga o no terraza o se esté o no en feria o fiestas patronales (art. 30.3).

»Por último en cuanto a la vulneración del derecho a hacer publicidad como a la libertad de expresión en una economía de mercado art. 20 y 38 de la LGP . Nadie objeta que ambos derechos están sujetos a límites y si bien no se considera necesario entrar a valorar la proporcionalidad de la norma es lo cierto que el Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia del principio de unidad de mercado sobre la base del principio de libre establecimiento, circulación de personas, bienes y libertad de expresión, resultando contrario a tal principio que una norma autonómica pueda quebrar tal principio, y con ello el ámbito nacional de lo que es sustancial a la libertad de empresa, la publicidad. Lo que obliga a una interpretación sistemática, acorde con los principios constitucionales. Por todo ello procede desestimar la demanda.

»Cuarto. A la vista de la naturaleza de la cuestión planteada y de las diferencias interpretativas a que puede dar lugar la misma pese a la desestimación de la demanda no procede establecer condena en costas art. 394 de la LEC. »

TERCERO . - La Sección 20.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia de 25 de septiembre de 2006 en el rollo de apelación n.º 89/2004 , cuyo fallo dice:

«Fallamos

»Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad Asociación de Usuarios de la Comunicación, contra la sentencia de fecha 30 de abril de 2003, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de los de Madrid , en los autos allí seguidos por las partes juicio verbal n.º 25/2003. Se revoca dicha resolución y, en consecuencia, debemos estimar y estimamos parcialmente la demanda formulada por la entidad AUC, contra la entidad Bacardí España, S. A. acordamos la cesación por tratarse de publicidad ilícita y asimismo la retirada de los carteles de las vallas publicitarias concediendo a la entidad Bacardí España, S. A., el plazo de -siete días- para su efectivo cumplimiento contados a partir de la firmeza de la presente resolución. Por último, para el supuesto de retraso en el cumplimiento de la presente resolución judicial, se impone una multa de -300- euros por cada día de retraso. Todo ello, sin condena expresa de las costas causadas en ambas instancias».

CUARTO . - La sentencia contiene los siguientes FFJJ:

«No se acepta el FJ ordinal tercero que contempla la sentencia apelada, debiendo sustituirse por los que a continuación se enuncian; y:

»Primero. La Asociación de Usuarios de la Comunicación, en adelante, sólo en anagrama AUC, ejercita contra la entidad Bacardí España, S. A., acción de cesación de publicidad ilícita con base en la ley 34/1998 modificada por la Ley 29/2002 de 28 de octubre , afirmando en la demanda calificando de ilícita y prohibida, concretamente la reciente campaña publicitaria emprendida por la entidad demandada consistente en la instalación en las vías públicas como eran en las calles Paseo de la Habana núm. 40, y, en el paseo de la Castellana núm. 79, las vallas publicitarias de la marca de whisky -White Label- con posterioridad a la entrada en vigor de la ley 5/2002, que prohíbe expresamente la publicidad, directa e indirecta, de bebidas alcohólicas arts. 4, 28 y 30 (3).

»La sentencia de primera instancia desestima la demanda sin hacer expresa condena en costas, como se ha hecho constar en el correspondiente capítulo de antecedentes que contiene la presente, y frente a dicha resolución se interpone recurso de apelación por la entidad AUC, articulando el mismo en base a los siguientes motivos. En primer término, la sentencia no aplicaba el art. 30 apartado 3 de la Ley 5/2002 de la CAM ; en segundo lugar denunciaba la aplicación indebida del art. 3 del CC ; en tercer lugar el error en que incurría la sentencia al contemplar el término -vía pública- que no comprendía la publicidad se pusiera en

fachadas de los edificios u otros espacios privados con proyección sobre la vía pública; en cuarto lugar la Ley 5/2002 de la CAM tenía el mismo rango que una Ley estatal y, por último, no existía base alguna para considerar que debía prevalecer una interpretación restrictiva en esta materia relativa a la cesación por publicidad ilícita.

»La entidad Bacardi España se opuso al recurso formulado de contrario mostrando su total conformidad con la sentencia y, en síntesis, se confirmara en esta alzada.

»Segundo. Centrado en los precedentes términos el objeto de este recurso, es un hecho admitido por las partes, que, la entidad demandada, parte apelante en esta alzada, ha procedido a instalar determinadas vallas publicitarias localizadas una de ellas a la entrada de un aparcamiento en el Paseo de la Castellana, y otra, en el Paseo de la Habana de esta villa, que contienen la marca de whisky -White Label- en grandes letras según las fotografías obrantes a los folios 41 y 44 de los autos. Pues bien, partiendo de los hechos reconocidos por ambas partes, debe anticiparse que el recurso debe estimarse, parcialmente, por las razones que exponemos a continuación no compartiendo esta Sala la fundamentación desestimatoria que contempla la resolución revisada, concretamente el FJ ordinal tercero.

»Así, en primer término, a la hora de examinar los motivos de apelación planteados en esta alzada en su recurso por la representación de la entidad AUC, hemos de señalar con carácter previo y sin ánimo de achacarnos de exhaustivos en esta materia, la carencia de criterios jurisprudenciales uniformes a la hora de abordar los supuestos de publicidad ilícita. Una primera aproximación centrada en el examen de la jurisprudencia en el ámbito de la Unión Europea, determina claramente la posibilidad de restricción o prohibición del consumo y comercialización de bebidas alcohólicas, y que dicha limitación no vulnera los principios de libertad económica ni de libertad de empresa, sino que dichos límites tienen por base y están destinados a proteger la salud de los ciudadanos como principio de interés público; así por ejemplo baste citar las sentencias de 10 de julio de 1980 , Comisión /Francia 152/78 Rec. P 2299, apartado 17, y la de 25 de julio de 1991 , Aragonesa de Publicidad Exterior y Publivia, asuntos acumulados C-1/90 y C-176/90 Rec. PI-4151 apartado 15, entre otras.

»Sentado lo anterior, el recurso debe estimarse y revocarse la resolución recurrida por los siguientes motivos: en primer lugar, la instalación de vallas publicitarias objeto del presente recurso constituyen un supuesto de publicidad ilícita prohibida, todo ello, en base a lo que dispone la Ley 5/2002 de 27 de junio de la CAM . La citada ley denominada de drogodependientes y otros trastornos adictivos, prohíbe expresamente la publicidad directa o indirecta de bebidas alcohólicas y tabaco en todos los lugares donde esté prohibida su venta, suministro y consumo, art. 28.1 .h. Este precepto ha de unirse a lo que establece el art. 30.3 , donde contempla que no se permitirán en la vía pública, salvo terrazas, veladores, o en días de feria o fiestas patronales o similares que serán regulados por la correspondiente ordenanza municipal. Es decir, 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. En el presente supuesto examinado como quiera 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, no debe ser considerado excluido como determina la sentencia recurrida, sino todo lo contrario, esto es, claramente incluido y comprensivo del concepto lugares prohibidos que contempla nuestra legislación debiendo calificarse, por tanto, las vallas publicitarias examinadas dentro de los supuestos de publicidad ilícita previstas en el art. 3 de la Ley 34/1988 , y en el ya citado art. 28 de la Ley 5/2002 de la CAM . No compartimos los fundamentos desestimando la demanda que tiene por base el art. 3 del CC , rechazando igualmente los argumentos que sostiene en esta alzada la entidad Bacardi, por la sencilla razón de que la colocación de las vallas obedece exclusivamente a que los viandantes y el público en general aprovechando que transitan por determinadas vías públicas, conozcan el producto que comercializa, y debamos calificar legítimo el argumento pero sesgado, si bien, aun reconociendo que la legislación prohíbe su publicidad pero se sobreentiende que sólo está limitada a aquellos lugares en que esté prohibida expresamente y entre los que no comprendía el presente supuesto; sin embargo las vallas publicitarias destacan en grandes caracteres y con letras rojas la marca del producto alcohólico que comercializa la entidad Bacardi, y, todo viandante, se quiera o no, de forma psicológica y automática asocia el producto de manera directa desde la vía pública donde está prohibida sin concurrir supuesto excepcional o autorizado. En consecuencia, el recurso en este apartado concreto se estima debiendo revocarse la sentencia apelada.

»Tercero. Resta analizar las pretensiones de publicación de la sentencia y la imposición de multa. En cuanto a la publicación de la sentencia estimando la acción de cesación y su difusión en tres periódicos de la Comunidad de Madrid, todo ello, al amparo del art. 221-2.LEC. Esta Sala, dada las particularidades que presenta el caso enjuiciado, no estimamos procedente que la declaración ilícita de la publicidad contenida en las vallas deban surtir efectos procesales precisamente a quienes no han sido parte en el procedimiento, y menos aún, suficientemente justificado que deba accederse conforme determina la legislación de consumidores y usuarios, pues, la acción deducida en la instancia se ejerció con base a las disposiciones que regulaban, en concreto, la materia de publicidad, no la normativa de consumidores y usuarios según se desprende del contenido de la demanda obrante a los folios 6 y ss.

»Por último, la pretensión de imponer una multa cifrada en -60 000- euros por cada día de retraso en la ejecución de la sentencia. Esta Sala estima claramente desproporcionado dicho importe dadas las circunstancias que concurren en el presente supuesto, debiendo estimarse pero por la que entendemos más adecuada que ciframos en -300- euros por día.

»Cuarto. La estimación del recurso interpuesto por la entidad AUC, y dado que ello implica, a su vez, la estimación parcial de la demanda en primera instancia, determina que no procede hacer condena expresa de las costas causadas tanto en primera instancia como en esta alzada, todo ello, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 394.4 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ».

QUINTO. - En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de Bacardi España, S. A., se formula el siguiente motivo de casación:

Motivo primero y único. «La literalidad del precepto 30.3 de la Ley de Drogodependencia y trastornos adictivos (en adelante LD) reclama una tarea interpretativa que necesariamente ha de atenerse a lo que imponen el carácter de la norma, su finalidad y el sistema tanto en el plano de la legalidad como, sobre todo, en el de la constitucionalidad».

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

En ausencia de una tarea interpretativa rigurosa, la sentencia recurrida ha infringido tanto el principio general de derecho que gobierna la interpretación de las normas restrictivas de derechos como las normas constitucionales que amparan el derecho de hacer publicidad, derecho que ha sido reconocido por la jurisprudencia comunitaria europea tanto por el Tribunal de Estrasburgo como por el de Luxemburgo.

El artículo 30.3 LD no establece una taxativa, terminante e irrestricta prohibición de la venta y el consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública.

De la simple lectura del precepto se deduce que la calle o la vía pública se consideran por la Ley como un lugar sometido a una cierta reglamentación por lo que al consumo y venta de bebidas alcohólicas se refiere, reglamentación que se deja al cuidado de las entidades locales. Pero advierte que el primer párrafo el precepto deja claro que no todo el espacio de calle queda cerrado a la venta y el consumo y en el segundo párrafo se limita la facultad reglamentaria de aquellas entidades al señalar que la prohibición de venta y consumo en determinados espacios tiene que coheretarse con la creación de espacios de convivencia en que esas acciones no resulten prohibidas.

Por si fuera poco, el propio artículo 30.4 prohíbe la venta, suministro y distribución minorista de bebidas alcohólicas cuando tenga carácter ambulante en horario nocturno, de lo que se deduce que la venta ambulante durante el día está permitida. Y en la misma dirección el artículo 30.12 prohíbe la venta de las bebidas para su consumo en el exterior del establecimiento que las suministre, pero «sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, de este artículo». Es decir, sin perjuicio de que cabe realizar la venta para el consumo externo al establecimiento pero en los lugares de la calle donde no estén prohibidos la venta y el consumo con carácter general.

De todo ello se deduce que la calle no es un lugar en el que de suyo está prohibida la venta y consumo de bebidas alcohólicas. Por consiguiente, es necesario proceder a una interpretación que otorgue su verdadero sentido al precepto. No debe olvidarse que el artículo 30.3 LD construye el supuesto normativo cuya consecuencia en el orden de la publicidad se establece en el artículo 28.1.h) del mismo texto legal (reiterativo de lo dispuesto en el artículo 8.5 LGP), y, siendo esa consecuencia la de estimar prohibida la publicidad, la de restringir o limitar un derecho, es claro que la interpretación del precepto que lleve a la efectiva reconstrucción del supuesto normativo no puede ser extensiva en virtud del principio general del derechohoodiosa sunt restringenda consagrado por la doctrina legal (entre otras muchas, SSTs de 22 de diciembre de 1863 y de 11 de marzo de 1911).

Contrasta esta ausencia de mínima labor interpretativa con la que hizo la SAP de Madrid de 22 de marzo de 2005 al acoger la argumentación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Majadahonda de 5 de noviembre de 2003 , relativa a un supuesto de publicidad de whisky sobre las marquesinas instaladas para la espera de los usuarios del transporte urbano. Dichas sentencias aplican el artículo 28.1.g) LD , prohibitiva de la publicidad de bebidas alcohólicas «en los medios de transporte público, tanto en el exterior como en el interior, así como los locales o estancias destinados para la espera de estos transportes públicos»; no obstante, el carácter taxativo de la norma, ambas sentencias efectúan una tarea interpretativa dirigida a establecer que las zonas de la calle destinadas a las esperas de medios del transporte urbano, acotadas por las marquesinas correspondientes son «estancias destinadas para la espera de estos transportes públicos» a los efectos de aplicación del precepto legal citado.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Majadahonda de 5 de noviembre de 2003 confirmada por la SAP de 22 de marzo de 2005 , contiene también otra enseñanza significativa y aunque se contiene en un razonamiento no decisivo para el fallo, resulta útil como elemento interpretativo. Ante la alegación de que el artículo 28.1.h) LD prohíbe la publicidad de bebidas alcohólicas en la calle, la citada sentencia dice textualmente: «La prohibición del consumo y venta de bebidas alcohólicas en la vía pública no es absoluta conforme a lo previsto en el art. 30.3 de la Ley Autonómica (...).» «[P]odría pensarse que existe un punto de hipocresía social» cuando se prohíbe el consumo en muchos lugares públicos «mientras que, por otro lado, se hace la excepción de las terrazas y veladores y de determinados días -ferias, fiestas patronales y similares- (...)». «Esta situación produce la paradoja» de que «podemos pasar por cualquier calle donde existan terrazas y veladores donde se consuman bebidas alcohólicas y donde todo el mobiliario esté cubierto de publicidad de tales substancias».

La sentencia que se recurre expresamente reconoce (FJ 2.º) que prohibir la publicidad exterior de bebidas alcohólicas en toda la extensión de las vías públicas supone conceder un alcance extensivo a la norma prohibitiva que por serlo resulta limitativa de los derechos de libertad económica y libertad de empresa. Aunque la sentencia alude a ellos como principios, no lo son, sino que son auténticos derechos reconocidos en la sección 2.ª del capítulo II del Título I de la Constitución; los «principios» constitucionalmente establecidos (que no reconocidos) se recogen en el capítulo III de dicho Título. Reconociendo la sentencia de instancia que las normas autonómicas aplicables son limitativas de derechos no realiza una interpretación restrictiva acorde con el principio general del derecho de que las normas limitativas de derechos son preceptos odiosos. Tampoco se preocupa de establecer si es razonable pensar que el bien salud se protege con una prohibición que no alcanza a los tramos de la calle donde haya terrazas o veladores.

De haberse realizado una interpretación de orden finalista de la norma contenida en los artículos 30.3 y 28.1.h) LD se habría llegado a la conclusión de que el sacrificio del derecho de libertad de empresa, al que debe añadirse el derecho a la información que representa la prohibición de cualquier publicidad de bebidas alcohólicas en las calles fuera de los tramos ocupados por las terrazas no está de ninguna manera justificada, pues en nada se afecta a la salud (caso de afectarse) de manera distinta según la publicidad se efectúe por medios de publicidad exterior enclavados en unos u otros tramos de la calle. La injustificación de la prohibición de la publicidad en los tramos de calle no reservados a terrazas a efectos de la preservación de la salud hace que esté injustificada una norma prohibitiva de la publicidad en las calles.

Una interpretación de orden sistemático tiene que llevar a la conclusión de que la prohibición establecida bajo la apariencia de cláusula general en el artículo 28.1 .h) LD no es de aplicación en conexión a los supuestos de limitación de consumo y venta de bebidas alcohólicas en las calles que se contienen en el artículo 30 de la misma Ley . Por eso precisamente se puede entender, como hace la SAP de Madrid antes citada de 22 de marzo de 2005 que el artículo 28.1.g) de la tan repetida Ley se refiere a las marquesinas de las paradas de autobuses del transporte urbano cosa que no tendría sentido si el artículo 28.1 .h) cubriera con carácter general la publicidad en las vías públicas, puesto que las marquesinas están en las vías públicas. Sucede, en efecto, que el dato diferenciador de publicidad en las calles y publicidad en las marquesinas está en que éstas últimas pueden considerarse «estancias destinadas para la espera» de los viajeros.

No debe ser indiferente al realizar el análisis de la pertinencia de la prohibición por razones de salud según los órdenes finalista y sistemático que se han expuesto el hecho de que los mensajes publicitarios de White Label desde las vallas situadas en las calles no eran incitativos del consumo sino un simple recordatorio de la marca.

Ningún derecho es ilimitado y, por tanto, también los concernidos en nuestro caso pueden ser limitados. De hecho, como ese Tribunal y el Tribunal Constitucional tienen establecido con el aplauso de la doctrina científica, los derechos y aun los bienes constitucionalmente reconocidos y protegidos forman una constelación en relación con la cual todos reclaman ser ajustados con todos los demás. En este sentido, puede admitirse que, aunque el bien de la salud no es objeto propiamente de ningún derecho sino que tan sólo expresa un bien que debe ser protegido como referencia de un principio rector de la política social y económica, también con él ha de procurarse el ajustamiento de los verdaderos derechos sin perder de vista la primacía que corresponde a los derechos sobre los bienes que no llegan a ser objeto de ninguno de ellos.

Pues bien, planteada una necesidad de ajustamiento entre los derechos de información y de libertad de empresa y el bien de la salud, el proceso de ese ajustamiento ha de venir presidido por los criterios de necesidad y de proporcionalidad según tienen establecido los órganos jurisdiccionales. El sacrificio de un derecho en función de otro o de un bien constitucionalmente protegido debe ser necesario para obtener el fin que el ordenamiento se propone alcanzar mediante el amparo del bien al que el derecho debe sacrificarse. De otro lado, el sacrificio tan sólo debe llevar hasta ahí donde sea proporcional en relación con el fin que se pretende alcanzar.

El proceso de ajustamiento de estos derechos y bienes se ha de manifestar mediante una precisa, exhaustiva y rigurosa interpretación. La sentencia recurrida no es que no proceda precisa, exhaustiva y rigurosamente en el análisis interpretativo, sino que no realiza la más mínima tarea interpretativa, contentándose con decir que la limitación de los derechos «tienen por base y están destinados a proteger la salud de los ciudadanos como principio de interés público» y que «la jurisprudencia en el ámbito de la Unión Europea determina claramente la posibilidad de restricción o prohibición del consumo y comercialización de bebidas alcohólicas» sin vulnerar «los principios de libertad económica y de libertad de empresa» por dirigirse «a proteger la salud» invocándose expresamente las sentencias de 10 de julio de 1980 Comisión /Francia ... y la de 25 de julio de 1991 Aragonesa de Publicidad Exterior y Publivia (FJ 2.º).

Basta atribuir a una norma la protección de la salud mediante simples elucubraciones de ninguna manera fundadas en criterios realistas para sacrificar dos derechos reconocidos en la Constitución, uno de ellos con el carácter de derecho fundamental y el otro con el carácter de derecho de la Sección 2.ª del capítulo II del Título I. La sentencia recurrida no sólo apareja a la genérica prohibición de publicidad en las calles la

protección de la salud sin ningún fundamento realista sino que la consecuencia prohibitiva se establece sin cuidado del análisis de necesidad y proporcionalidad que requiere el poder decidir jurídicamente acerca de un sacrificio de los derechos constitucionalmente reconocidos. Además, la sentencia practica de hecho una interpretación extensiva de la norma prohibitiva en contravención del principio general del Derechoodiosa sunt restringenda .

Resulta sorprendente que la sentencia recurrida cite las resoluciones del Tribunal de las Comunidades Europeas de Luxemburgo simplemente a efectos de justificar que el derecho de libertad de empresa puede ser limitado en salvaguarda del bien de la salud. Sin embargo, la cita de la jurisprudencia de los Tribunales Europeos resulta más que pertinente en otro sentido.

La sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 1991 en la cuestión prejudicial suscitada por Aragonesa de Publicidad Exterior, S. A., y Publivia, SAE, contra el Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalidad de Cataluña recoge una vez más la tesis de que la limitación o prohibición de determinadas formas de publicidad afecta a la comercialización de los productos, lo que equivale a sentar la trascendencia del hacer publicidad como contenido al derecho de la libertad de empresa. Ciertamente, en esa sentencia se establece la posibilidad de establecer limitaciones a la publicidad de bebidas alcohólicas para proteger la salud pública pero la resolución se funda precisamente en el resultado de un análisis por ella practicado, pues dice:

«Por consiguiente debe determinarse, en primer lugar, si la normativa controvertida (normas catalanas de prohibición de publicidad), por una parte, puede proteger la salud pública y, por otra parte es proporcional al objetivo que persigue».

La sentencia del Tribunal de Justicia del 10 de julio de 1980 en el asunto Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa , partiendo de la indiscutible integración de la facultad de hacer publicidad en lo que es la libertad económica y el derecho a la libertad de empresa, analiza si las limitaciones a cierta publicidad de bebidas alcohólicas dirigidas a prevenir el alcoholismo están justificadas cuando no se trata a las bebidas alcohólicas con criterio basado en su potencialidad realista para dañar la salud, sino con otros criterios.

El hacer publicidad se considera una facultad integrante del derecho a la libertad de información y del derecho a la libertad de expresión. Así lo tiene reconocido el TEDH y así lo tienen reconocido los tribunales nacionales europeos en general y los tribunales norteamericanos y, la doctrina científica más solvente de los distintos países y, desde luego, la española.

El TEDH ha reconocido la publicidad en el ámbito del derecho a la libertad de expresión en numerosas sentencias y cita la de 24 de febrero de 1994 en el caso Casado-Coca , toda limitación de la publicidad debe resistir el doble análisis relativo a si, de un lado, la restricción responde a un objetivo legítimo para el que la restricción sea necesaria y, de otro, a si la restricción es proporcionada y razonable.

Como se advierte ambos Tribunales de la Unión Europea siguen la misma metodología para el análisis del alcance de las normas limitativas o prohibitivas de la publicidad. La inexistencia de un análisis semejante en la sentencia recurrida la hace revocable si no fuera además porque de haberse seguido el análisis riguroso se tendría que llegar a la conclusión de que en el presente caso no se dan las circunstancias de necesidad y proporcionalidad de la prohibición de publicidad de bebidas alcohólicas en salvaguarda del bien de la salud.

Termina solicitando a la Sala que «previos los trámites legales precedentes, se digne, en su día, dictar sentencia por la que, con estimación del presente recurso se case y revoque la sentencia recurrida, dictándose otra en su lugar por la que, de conformidad con el motivo y los fundamentos que en este escrito se articulan y haciendo una correcta aplicación de los preceptos legales como infringidos se desestime la demanda interpuesta en su día contra mi representada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación como se desestimó en la sentencia recaída en la primera instancia del presente procedimiento, todo ello en la forma prevista en el artículo 487 de la LEC , y con el consiguiente pronunciamiento en costas».

SEXTO . - Por ATS de 27 de enero de 2009 se admitió el recurso de casación al amparo del artículo 477.2.3.º LEC por interés casacional.

SÉPTIMO . - En el escrito de oposición presentado por la representación procesal de la Asociación de Usuarios de la Comunicación (en lo sucesivo AUC), se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

Si se pone en relación el artículo 477.2. 2.º LEC con los artículos 249.2 y 250.2 LEC , no pueden acceder a la casación las sentencias recaídas en procesos verbales ni las recaídas en procedimientos ordinarios de cuantía inferior a veinticinco millones de pesetas (150 000,00 RD 1417/2001).

En el presente caso, se trata de una sentencia recaída en un juicio verbal en el que se ejercía una acción de cesación de cuantía indeterminada según la demanda y se aceptó por el Juez al admitir la misma.

Aunque el presente recurso de casación ha sido admitido por tratarse de un recurso de interés casacional, artículo 477.2.3.º LEC , le es totalmente aplicable la citada doctrina jurisprudencial, pues la sentencia que se recurre tiene su origen en un procedimiento verbal.

El presente recurso de casación debe de ser desestimado, pues al tratarse de una cuestión de interpretación de una norma realizada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.ª) no es un tema que deba ser admitido en casación por corresponder plenamente al ámbito competencial del Tribunal de instancia.

Cita la STS de 3 de febrero de 1995 , según la cual, es insostenible la denuncia de error de interpretación de los artículos 3, 4 y 5.2.º de la Ley 34/1988, de 11 noviembre , pues parte de que la publicidad llevada a cabo es realmente engañosa, afirmación inviable porque contradice sin argumentación razonable, realizada a través de un proceso estimativo subjetivo la del juzgador y hace supuesto de la cuestión sin haber desvirtuado previamente, como es obligado, en la vía casacional adecuada, aquella interpretación fáctica del Tribunal, lo cual es insostenible en casación (SSTS de 24 abril , 18 julio y 12 noviembre 1992 y 10 junio 1993).

Es competencia del Tribunal de instancia la interpretación de la Ley y esta interpretación solo puede ser combatida por los medios adecuados. De lo que se deduce que no basta con citar los principios constitucionales de libertad de información como fundamento de la publicidad para defender una determinada actividad publicitaria o de libertad de comercio o de mercado sin citar al mismo tiempo los preceptos legales que la recogen y que puedan ser aplicables al caso concreto.

Es por ello por lo que debe de ser desestimado el recurso de casación.

El presente recurso de casación debe de ser desestimado, pues no presenta interés casacional ya que no contradice la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la prohibición del consumo de bebidas alcohólicas en determinados lugares que determina la prohibición de hacer publicidad en los mismos, en este caso en la vía pública, es algo que ya se conoce en muchas normativas legales anteriores por lo que la antigüedad inferior a 5 años de la Ley 5/2002, de Drogodependencias de la Comunidad de Madrid , no es significativa a este respecto.

Por consiguiente, no es posible basar un recurso por interés casacional en el genérico principio general del derecho deodiosa sunt restringenda basado en dos SSTS, una de 22 de diciembre de 1863 y de 11 de marzo de 1911 , cuyos supuestos nada tienen que ver con la actividad publicitaria y, además, en un ámbito cultural y social totalmente diferente del actual y en donde ni siquiera el recurrente se para a razonar la conexión de tales sentencias con el caso presente como si el tiempo no hubiera pasado ni la sociedad no hubiera cambiado.

No entra la entidad recurrente en el análisis de las afirmaciones de la sentencia recurrida en el párrafo segundo de su FJ 2.º, cuando afirma que los límites a la restricción o prohibición del consumo y comercialización de bebidas alcohólicas «tienen por base y están destinados a proteger la salud de los ciudadanos, como principio de interés público». Por el contrario, insiste en que el derecho constitucional de proteger la salud de los ciudadanos cuando el mismo está relacionado con drogas tiene que ceder ante el derecho a la libertad de la publicidad en razón al derecho constitucional a la información y al también derecho constitucional al libre mercado. Argumentos que están contra la evidencia generalizada, en las que tales derechos a la publicidad y a la libertad de comercio están siendo restringidos en aras de este principio de protección de la salud. Así estas limitaciones y restricciones están contenidas en la Ley 34/1988, General de Publicidad (artículo 8), en la Ley 10/1990, del Deporte (artículo 67.1), en la Ley 25/1994 , modificada por la Ley 22/1999, llamada de la Televisión sin Fronteras (artículo 10). Además, estas restricciones a la comercialización y publicidad de productos con la calificación de drogas se extienden a otros productos que tienen la misma dimensión social del alcohol como es el tabaco, la Ley 28/2005 .

Asombra que la recurrente utilice para fundamentar su recurso y la aplicación de los derechos a la publicidad y a la libre comercialización de los productos, las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo (sentencias de 10 de julio 1980, Comisión vs. Francia 152/78 Rec. P 2299, apartado 17 y la sentencia de 25 de julio de 1991, Aragonesa de Publicidad Exterior y Publivia, asuntos acumulados C-1/90 y C-176/90 Rec. Pl-4151 apartado 15, entre otras). En todas estas sentencias se justifica la restricción de la actividad publicitaria de bebidas alcohólicas y tabaco en función de la salvaguarda de la salud pública, su finalidad última no es precisamente tal cuestión sino asegurar la no discriminación en el comercio intracomunitario. Al mismo tiempo como afirma la sentencia de dicho Tribunal de 8 de marzo de 2001 en el asunto C-405/98 «que tal restricción (de la publicidad) puede estar justificada por la protección de la salud pública, que constituye un motivo de interés general reconocido por el artículo 56 del tratado, aplicable en materia de prestación de servicios de conformidad con el artículo 6 del tratado (actualmente artículo 55 CE)».

Es por ello que el recurso de casación debe de ser desestimado.

El presente recurso de casación debe de ser desestimado, pues aplica prioritariamente un principio general del derechoodiosa sunt restringenda sobre una norma jurídica en materia de interpretación de preceptos.

Según el artículo 1.4 CC los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

En el presente recurso de casación se realiza la interpretación jurídica del artículo 30. 3 LD en relación con el artículo 28 de la misma Ley y el artículo 8.5 LGP .

Por consiguiente, si el problema planteado en casación es la interpretación del artículo 30. 3 LD , el precepto que hay que aplicar es el artículo 3 CC al ser el que regula la interpretación de las normas y habrá que estar a su contenido y a la jurisprudencia que lo desarrolla. Y el recurrente no cita el referido artículo 3 CC. Y es que antes de aplicar el principioodiosa sunt restringenda a los efectos de hacer una interpretación restrictiva, hay que estar a una interpretación basada en el sentido propio de las palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que tal norma ha de ser aplicada y con atención fundamental a su espíritu y finalidad. Y al recurrente sólo le interesa una llamada interpretación restringida, que ni siquiera es tal, sino la tergiversación de hacer de una prohibición general una autorización general de publicidad en la vía pública para toda clase de bebidas alcohólicas sobre la base de unas concretas y determinadas excepciones que en ningún momento se alegan en razón de una base fáctica que las hiciera, al menos relativamente aceptable, en función del caso concreto. Es decir, si está permitido el consumo de bebidas alcohólicas en una terraza en la vía pública autorizada municipalmente, el recurrente podría, cosa que no ha hecho, haber alegado que su publicidad estaba situada en tal terraza. Pero es evidente que no es eso lo que le interesa, sino el conseguir una autorización general de bebidas alcohólicas en la vía pública aunque ello suponga desvirtuar totalmente el sentido y teleología de la Ley 5/2002 .

La sentencia recurrida hace una interpretación del artículo 30.3 LD y debe de ser confirmada. El artículo 30 se refiere a las prohibiciones a la venta y consumo de bebidas alcohólicas dentro del capítulo II «De las limitaciones a la venta y consumo de bebidas alcohólicas» que está inserto en el Título III «Del control de la oferta». En el referido artículo 30.3 se prohíbe expresamente con carácter general la venta y consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública. A continuación, establece, a modo de excepciones que salvo en terrazas, veladores o en días de feria o fiestas patronales y similares regulados por la correspondiente ordenanza municipal. Es decir, existe una excepción a la regla general de la prohibición y esta excepción tiene que estar regulada por una ordenanza municipal.

Es evidente que la recurrente no quiere acogerse para justificar su derecho a poner publicidad en la vía pública a las excepciones a la prohibición general establecidas en el referido artículo 30.3 LD , sino que lo que pretende es tener la libertad absoluta para poner su publicidad de bebidas alcohólicas, en este caso de alta graduación alcohólica como es el whisky White Label, en la vía pública y retuerce el argumento de querer considerar lo especial como general y al contrario. Es decir, en ningún momento a lo largo de este procedimiento ha pretendido excusar su conducta en el hecho de que su publicidad en vallas publicitarias de bebidas alcohólicas en la vía pública se encontrase en un lugar excepcionado de la regla general, sino que pretende tener una libertad total de hacer publicidad de sus bebidas alcohólicas sobre la base de las excepciones a la norma general. Lo cual es rechazable, pues pretende dejar a la referida norma sin aplicación.

La sentencia que se recurre aplica correctamente las reglas para una interpretación sistemática de la norma y aplica, de acuerdo con la jurisprudencia, la conexión de la norma con el resto de normas que regulan el hecho concreto ya sean de la propia Ley o del resto del ordenamiento jurídico.

Cita la STS de 2 julio 1991, RC n.º 1844/1989 , según la cual, se plantea una cuestión relativa a la interpretación de la norma jurídica que ha de resolverse aplicando los criterios hermenéuticos del art. 3.1 CC , espíritu y finalidad que son no un mero elemento de interpretación sino la clave fundamental para orientarla; de antiguo ha sentado la doctrina de esta Sala la insuficiencia del criterio literal en la interpretación de la norma jurídica, así la STS de 23 de marzo de 1950 y por ello habrá que acudir al elemento sistemático al que ya se refería la STS de 23 de junio de 1940 ; elemento sistemático que se recoge en el citado art. 3.1 al aludir «al contexto» de las normas y al que se refiere asimismo la STS de 1 de junio de 1968 .

La sentencia que se recurre aplica correctamente dicha jurisprudencia por las razones siguientes:

1.º La sentencia recurrida recoge perfectamente el espíritu y finalidad de la norma:

Así la exposición de motivos (IV) de la referida LD dice expresamente que lo que se pretende es reducir la oferta de bebidas alcohólicas limitando la publicidad, por lo que la limitación de publicidad y de prohibición de venta y consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública está en consonancia con los fines que justifican la Ley. Así dice textualmente: «El título III («Del control de la oferta») establece una serie de normas encaminadas a reducir la oferta del alcohol y el tabaco en la población y en especial a los menores de edad. Estas normas se concretan en una serie de medidas de control limitativas de la publicidad, promoción, venta, suministro y consumo de bebidas alcohólicas y tabaco. También se incluyen otras medidas limitativas para otras sustancias que puedan producir efectos nocivos para la salud y crear dependencia».

De lo que se deduce que la sentencia recurrida aplica el referido artículo 3.1. CC .

La interpretación más correcta de la norma en cuanto a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas es darle plena virtualidad a la prohibición general de la venta y consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública y consecuentemente a la prohibición de la publicidad en dichas vías públicas. Y ello, por la conciencia social de que el alcohol es una droga y su consumo es un problema para la salud, por lo que es consecuente la limitación de su oferta y de su publicidad que no es otra cosa que una incitación generalizada al consumo de tales bebidas y su público son todos los ciudadanos de cualquier edad y condición, incluida la población menor de edad.

2.º La sentencia recurrida atiende a la regla hermenéutica que aconseja la conexión de todos los preceptos legislativos que traten la cuestión, indagando y armonizando el espíritu de un artículo en combinación con los demás del mismo cuerpo legal que haya de aplicarse y estableciendo la conexión con todos los preceptos que traten la materia a resolver.

a) En el presente caso la sentencia hace una correcta conexión entre los preceptos de la propia LD entre los artículos 28.1.h) y el 30.3 de forma negativa y concluye una aplicabilidad de ambos, lo que está en la propia lógica de la norma ya que lo que realmente pretende la misma es su conexión, porque al realizarla se cumplen los objetivos de la Ley.

b) La sentencia recurrida reconoce, implícitamente, en la aplicación del referido artículo 30.3 su conexión con el resto del ordenamiento jurídico y las limitaciones a la publicidad. El artículo 8.5 párrafo segundo LGP establece la misma limitación que el artículo 28.1.h) Ley 5/2002 consistente en prohibir la publicidad de bebidas alcohólicas en aquellos lugares donde está prohibida su venta y consumo.

De donde se infiere que las limitaciones de la publicidad de bebidas alcohólicas es una medida de política legislativa tanto en el ámbito del Estado como de las Comunidades Autónomas y que incluso se puede limitar reglamentariamente, aun cuando en el presente caso se hace con una Ley autonómica que tiene el mismo rango que una Ley estatal en su ámbito competencial.

Cita el artículo 67.1 de la Ley del Deporte (Ley 10/1990, de 15 de octubre) en la que se prohíbe la introducción, venta, consumo o tenencia de bebidas alcohólicas en las instalaciones donde se celebren competiciones deportivas. Y cita las SSAP de Madrid de 28-01-2003, Sección 14.ª, rollo 364/2001 y de 23-05-2003, Sección 10.ª, rollo 101/2001 , que confirman las sentencias dictadas por los Juzgados Primera Instancia n.º 21 y 73 de Madrid, respectivamente.

En la SAP de 28-01-2003 se afirma la prohibición de hacer publicidad de bebidas alcohólicas en lugares donde está prohibida su venta o consumo y relaciona el artículo 67.1 LD con el artículo 8.5 LGP. Y en su FJ 5.º se refiere a la exposición de motivos de la Ley del Deporte que justifica tales prohibiciones en la «creciente preocupación social por el incremento de la violencia en los espectáculos deportivos» y su relación con el consumo de bebidas alcohólicas.

Por su parte la SAP de 23-05-2003 señala que «... no se puede realizar una interpretación limitativa o restrictiva de un precepto imperativo, como es el artículo 67.1 de la Ley del Deporte , que prohíbe taxativamente la actividad realizada por el apelante...»

«No se trata, pues, de ser más o menos benévolo y liberal en la interpretación de la normativa aplicable, sino de cumplir, sin más, la ley vigente».

«Además, la apelante no puede ignorar la tendencia universal, singularmente europea, a la ilegalización de toda publicidad de las llamadas drogas del sistema» (alcohol y tabaco, básicamente), si bien tropieza dicha tendencia con sólidos y persistentes intereses económicos de carácter multinacional.

Frente a lo que alega la apelante, la incitación al consumo de bebidas alcohólicas puede conducir -y de hecho conduce- a muy serios problemas para la salud y para la seguridad».

Cita las limitaciones a la publicidad de bebidas alcohólicas de la Ley 25/1994 modificada por la Ley 22/1999 llamada de la televisión sin fronteras, en cuyo artículo 10 preceptúa limitaciones a la publicidad de las bebidas alcohólicas en televisión prohibiendo las de graduación alcohólica superior a los 20º y poniendo limitaciones a las restantes.

3.º El motivo en el que se ampara la mercantil recurrente para intentar que no se aplique el artículo 28 Ley 5/2002 no es una razón de lógica jurídica ni siquiera de lógica común, ya que es evidente que las terrazas no ocupan nunca todas las calles ni siquiera la totalidad de alguna de ellas sino espacios muy concretos y perfectamente delimitados. Por lo que tiene pleno sentido y lógica que exista una prohibición general que sólo en los casos en que exista una autorización administrativa basada en una ordenanza municipal pueda excepcionar (y más tratándose de drogas que son aceptadas socialmente), lo que no obsta para la validez de la prohibición general como dice la frase popular «la excepción confirma la regla».

Ninguna de estas conexiones realiza la recurrente, quiere aislar el caso concreto de la Ley 5/2002 como si fuera un hecho singular y excepcional en nuestro ordenamiento jurídico, cuando es una materia sobre la que han legislado todas las Comunidades Autónomas de forma similar, el Estado e, incluso, la Unión Europea.

Cita la STS de 30-05-1992, RC n.º 475/1990 , según la cual, las actuaciones publicitarias no son en sí totalmente neutras o inocuas ya que pueden resultar ofensivas y perjudiciales, por las consecuencias económicas graves que suelen ocasionar cuando no se observan elementales principios de ética y, en todo caso, la normativa que las disciplina. Para evitar estas situaciones, hubo de promulgarse el Estatuto de Publicidad -Ley de 11-6-1964, entonces vigente derogado actualmente por la LGP de 11-11-1988 , que se acomoda a la directiva del Consejo de la Comunidad Europea de 10-9-1984 .

De lo que se concluye que el recurso de casación debe de ser desestimado.

Termina solicitando de la Sala «que, teniendo por presentado este escrito y por hechas las manifestaciones en el mismo contenidas, se digné admitirlo; tener a esta parte por opuesta al recurso de casación interpuesto de contrario, a fin de que, previos los trámites procesales oportunos, se sirva dictar sentencia por la que se desestime el recurso de casación interpuesto y se confirme en un todo la sentencia recurrida con expresa imposición de las costas del presente recurso a la parte recurrente».

OCTAVO .- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el 8 de julio de 2010, pero por diligencia del mismo día se suspende la votación y fallo y por providencia de 26 de noviembre de 2010, vista la materia sobre la que se debe resolver, en uso de las facultades del artículo 197 LOPJ se acuerda someter dicho recurso al Pleno de la Sala que tuvo lugar el día 14 de diciembre de 2010.

NOVENO.- En la presente resolución se han utilizado las siguientes siglas:

CDFUE, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007 .

CE, Constitución Española.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil .

LOPJ, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

SSTJUE, sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TJUE, Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, quien expresa el parecer de la Sala.

Fundamentos de derecho

PRIMERO .-Resumen de antecedentes.

1. Bacardí España, S. A. instaló determinadas vallas publicitarias localizadas una de ellas a la entrada de un aparcamiento en el Paseo de la Castellana, y otra, en el Paseo de la Habana de Madrid, que contenían la marca de guisqui "White Label" en grandes letras.

2. La Asociación de Usuarios de la Comunicación interpuso demanda contra Bacardí España, S. A. ejercitando una acción de cesación por publicidad ilícita.

3. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por entender, en síntesis, que de la Ley 5/2002, de 27 de junio, de la Comunidad de Madrid , sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos no puede inferirse que esté prohibida la publicidad de bebidas alcohólicas en la vía pública, pues (a) la prohibición de publicidad se refiere a los lugares en que exista prohibición de consumo y en la vía pública se introducen determinadas excepciones a esta última; (b) la interpretación del concepto de vía pública no puede comprender las fachadas de edificios privados o escaparates; (c) el derecho a la publicidad no puede ser vulnerado por una norma autonómica que restrinja el ámbito nacional de la libertad de empresa.

4. La Audiencia Provincial revocó esta resolución y estimó la demanda por estimar, en síntesis, que (a) la jurisprudencia del TJUE avala la posibilidad de restricción o previsión del consumo y comercialización de bebidas alcohólicas; (b) su limitación no vulnera los principios de libertad económica y de libertad de empresa, pues está destinada a proteger la salud de los ciudadanos; (c) la instalación de vallas en la vía pública está prohibida por la Ley 5/2002, de la Comunidad de Madrid , pues prohíbe la publicidad en los lugares en los que esté prohibida la venta, suministro y consumo de bebidas alcohólicas y uno de estos lugares, según la propia Ley, es la vía pública; (d) la prohibición de venta, suministro y consumo en la vía pública es la regla general en la Ley 5/2002 y no resulta desvirtuada por el hecho de que se admitan excepciones relativas a las terrazas, veladores o días de feria o fiestas patronales o similares reguladas en la ordenanza municipal.

5. Contra esta sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada, el cual fue admitido por razón de interés casacional al amparo del artículo 427.2.3.º LEC .

SEGUNDO .-Enunciación del motivo de casación.

El motivo primero y único se introduce con la siguiente fórmula:

«La literalidad del precepto 30.3 de la Ley de Drogodependencia y trastornos adictivos (en adelante LD) reclama una tarea interpretativa que necesariamente ha de atenerse a lo que imponen el carácter de la norma, su finalidad y el sistema tanto en el plano de la legalidad como, sobre todo, en el de la constitucionalidad».

El motivo se funda, en síntesis, en que (a) la sentencia infringe los principios sobre interpretación de las normas restrictivas de derechos en relación con las normas constitucionales en que se funda el derecho a hacer publicidad reconocido por la jurisprudencia europea, que enlaza con la libertad de información y expresión; (b) el artículo 30 de la Ley 5/2002, de la Comunidad de Madrid , no establece prohibición taxativa de la venta y el consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública, pues así se deduce: (i) de su tenor literal, dado que en la vía pública se admiten excepciones a la prohibición de venta y consumo; (ii) del hecho de que el artículo 30.4 permite la venta ambulante en horario nocturno; y (iii) del hecho de que el artículo 30.12 autoriza la venta para el consumo externo al establecimiento en los lugares donde no esté prohibida con carácter general la venta y el consumo; (c) la excepción relativa a las terrazas y veladores supone implícitamente admitir la publicidad de las bebidas alcohólicas en la vía pública, como se desprende de una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que cita, en la que se consideró a las marquesinas para el transporte urbano como lugares en la vía pública en que estaba prohibida específicamente la publicidad de bebidas alcohólicas; (d) el sacrificio de los derechos afectados no es proporcional ni está justificado, pues (i) no se afecta a la salud de manera distinta si la publicidad se realiza encavando los anuncios exteriores en unos u otros tramos de la calle, como las terrazas y veladores; (ii) en la ponderación debe tenerse en cuenta la primacía que corresponde a los verdaderos derechos, como el derecho a la libertad de empresa, frente a los bienes que deben ser protegidos en relación con principios rectores de política social y económica, como el derecho a la salud.

TERCERO .-Prohibición de la publicidad de bebidas alcohólicas en la Ley de la Comunidad de Madrid 5/2002 .

A) Los artículos 27 a 29 de la Ley de la Comunidad de Madrid de 5/2002, sobre Drogodependencias y otros trastornos adictivos, establecen el régimen jurídico de la publicidad de bebidas alcohólicas. El artículo 28.1.h) de la Ley , comprende entre las prohibiciones, la siguiente: «1. Se prohíbe expresamente la publicidad, directa o indirecta, de bebidas alcohólicas y tabaco: [...] h) En todos los lugares donde esté prohibida su venta, suministro y consumo.»

Este precepto, en lo que aquí interesa, está en relación con el artículo 30.3, párrafo primero, de la Ley de la Comunidad de Madrid 5/2002 , según el cual «[n]o se permitirá la venta ni el consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública, salvo terrazas, veladores, o en días de feria o fiestas patronales o similares regulados por la correspondiente ordenanza municipal.»

Aunque han sido varias las cuestiones planteadas en este proceso, el recurso de casación que examinamos se centra en imputar a la sentencia recurrida una interpretación incorrecta de la Ley de la Comunidad de Madrid 5/2002. La parte recurrente, en efecto, entiende que el artículo 30 de la Ley de la Comunidad de Madrid 5/2002 no establece la prohibición de la venta y el consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública, mientras que la sentencia recurrida llega a la conclusión contraria.

B) Esta Sala considera que los argumentos expuestos por la parte recurrente no son suficientes para considerar que la Ley de la Comunidad de Madrid 5/2002 no establece una prohibición de venta y consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública. Así se infiere de los siguientes razonamientos:

1) No puede aceptarse que la prohibición de publicidad del alcohol deba ser objeto de una interpretación de carácter restrictivo fundada en que implica una limitación de derechos económicos, como el de la libre empresa. Como se ha de puesto de manifiesto reiteradamente a lo largo de este proceso, el TJUE, fundándose en la extraordinaria relevancia que tiene la protección del derecho a la salud desde el punto de vista de los derechos fundamentales de la persona, ha declarado con reiteración que una normativa que limita las posibilidades de hacer publicidad de bebidas alcohólicas, como medio de combatir el alcoholismo, responde a las preocupaciones por la salud pública y no vulnera las libertades económicas, porque se trata de límites basados en un interés público legítimo (SSTJUE de 10 de julio de 1980, Comisión/Francia, 152/78, apartado 17; 25 de julio de 1991, Aragonesa de Publicidad Exterior y Publivia, asuntos acumulados C-1/90 y C-176/90, apartado 15; 8 de marzo de 2001, cuestión prejudicial C-C- 405/1998, apartado 41). En la actualidad, la CDFUE, incorporada como texto normativo europeo por el Tratado de Lisboa, hace numerosas referencias a la salud y proclama (artículo 35 CDFUE) que «[a]l definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.»

2) El sentido literal de los preceptos controvertidos es el de que se «se prohíbe expresamente la publicidad, directa o indirecta de bebidas alcohólicas y tabaco [...] en todos los lugares donde esté prohibida su venta, suministro y consumo» (artículo 28.1.h) Ley 5/2002). Entre los lugares en los cuales concurre esta condición figura «la vía pública» (artículo 30.3 Ley de la Comunidad de Madrid 2/2005). En el plano de la argumentación lógico-formal (al que se acoge en primer término la parte recurrente) el hecho de que se establezcan excepciones (para las terrazas, veladores, o en días de fiesta o fiestas patronales o similares regulados por la correspondiente ordenanza municipal) no invalida la regla general ni comporta que esta quede sin efecto en el ámbito no comprendido por las excepciones.

3) El artículo 30.4 de la Ley de la Comunidad de Madrid 5/2002 establece que «[n]o se permitirá la venta, suministro o distribución minorista de bebidas alcohólicas realizada a través de establecimientos de cualquier clase en los que no esté autorizado el consumo, la de carácter ambulante y la efectuada a distancia, cuando tengan lugar durante el horario nocturno [...]» La parte recurrente trae a colación este precepto a favor de la interpretación que defiende, pues considera que la prohibición de la venta ambulante durante el horario nocturno (y la consiguiente autorización implícita de ella durante el horario diurno) equivale a la autorización de la venta en la vía pública. No puede aceptarse la corrección lógica de esta alegación, pues venta ambulante es la que no se realiza en establecimientos fijos, con independencia de que se realice o no en determinados lugares de la vía pública en que pueda estar autorizado el consumo.

4) En el plano de la argumentación material fundada en la valoración de los principios y fines de la Ley 2/2005 , tampoco podemos aceptar que la excepción relativa a las terrazas y veladores equivalga o comporte la consecuencia de admitir la publicidad de las bebidas alcohólicas en la vía pública. En efecto, el alcance y las consecuencias de la actividad publicitaria son muy distintas si la publicidad se realiza con carácter general en la vía pública, en cualesquiera lugares por los que inevitablemente transitan todo tipo de personas, incluidas las que padecen adicción al alcohol, y en cualquier circunstancia, que la publicidad limitada a lugares acotados en la vía pública, cuyo efecto tiene carácter limitado y puede ser evitado por quienes lo deseen no concurriendo a los expresados lugares.

Por razones lógico-formales, no puede considerarse que el hecho de que la Ley de la Comunidad de Madrid 5/2002 prohíba la publicidad en los medios de transporte público, y lugares de espera, aunque estén situados en el exterior, signifique que se autoriza en el resto de lugares de la vía pública, pues nada impide que dos prohibiciones incidan parcialmente, desde perspectivas distintas, sobre el mismo objeto sin anularse recíprocamente. Este efecto es admitido en el ámbito del Derecho sancionador como propio de la concurrencia de normas.

5) Esta Sala no comparte tampoco el argumento de la parte recurrente según el cual el sacrificio de los derechos afectados no es proporcional ni está justificado. En efecto:

(i) No puede aceptarse que la afectación de la salud sea la misma si la publicidad se realiza enclavando anuncios en la calle o en terrazas y veladores. Entendemos que la publicidad en las terrazas y veladores tiene un carácter limitado desde el punto de vista del lugar y del número de personas a las que se dirige en relación con el conjunto de la vía pública y la totalidad de quienes transitan por ella; y sus efectos perniciosos para la salud por estimular el consumo del alcohol pueden ser evitados por quienes lo deseen mediante el alejamiento de tales lugares.

(ii) No es aceptable sostener que el derecho a la libertad de empresa tenga carácter preferente frente a derecho a la salud, pues el lugar en que los distintos valores y bienes son considerados de manera expresa por la CE para el reconocimiento de derechos no comporta de manera absoluta el establecimiento de una gradación jerárquica entre ellos. Cuando se produce un conflicto entre valores y bienes constitucionales la ponderación que debe realizarse debe atender, entre otros elementos, a la importancia que la CE atribuye a cada uno aquellos en el conjunto del sistema de derechos constitucionales. 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 y psíquica. La parte recurrente no ha justificado que el efecto de protección de la salud que la Ley de la Comunidad de Madrid 2/2005 pretende conseguir limitando el daño que genera la publicidad en la vía pública del consumo del alcohol pueda conseguirse por otros medios menos restrictivos de los derechos económicos de las empresas afectadas, por lo que nada autoriza a suponer que el juicio de proporcionalidad realizado sea incorrecto.

La sentencia recurrida se atiene en todo a estas consideraciones jurídicas, por lo que no se advierte en ella la infracción que se denuncia.

CUARTO . -Desestimación del recurso.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el art. 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el art. 394.1 LEC, en relación con el 398 LEC.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

Fallamos

1. Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Bacardí España, S. A., contra la sentencia de 25 de septiembre de 2006 dictada por la Sección 20.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 89/2004, cuyo fallo dice:

«Fallamos

»Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad Asociación de Usuarios de la Comunicación, contra la sentencia de fecha 30 de abril de 2003, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de los de Madrid , en los autos allí seguidos por las partes juicio verbal n.º 25/2003. Se revoca dicha resolución y, en consecuencia, debemos estimar y estimamos parcialmente la demanda formulada por la entidad AUC, contra la entidad Bacardí España, S. A. acordamos la cesación por tratarse de publicidad ilícita y asimismo la retirada de los carteles de las vallas publicitarias concediendo a la entidad Bacardí España, S. A., el plazo de -siete días- para su efectivo cumplimiento contados a partir de la firmeza de la presente resolución. Por último, para el supuesto de retraso en el cumplimiento de la presente resolución judicial, se impone una multa de -300- euros por cada día de retraso. Todo ello, sin condena expresa de las costas causadas en ambas instancias».

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Firmado y rubricado.-Juan Antonio Xiol Rios.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jesus Corbal Fernandez.-Francisco Marin Castan.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.