

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 3 DE ENERO DE 2011 (228/2011)**

**Prohibición de la publicidad de bebidas alcohólicas
en las calles de la Comunidad de Madrid**

Comentario a cargo de:
José María de la Cuesta y Rute
Catedrático emérito de Derecho Mercantil
Consultor de NGR Abogados

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 3 DE ENERO DE 2010**

ID CENDOJ: 28079110012011100013

PONENTE: *EXCMO. SR. DON JUAN ANTONIO XIOL RIOS*

Asunto: La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 3 de enero de 2010 pone fin a la controversia originada por demanda de una Asociación de Consumidores contra el anunciante por la publicidad de una bebida alcohólica en dos vallas situadas en las calles de Madrid por considerar que esa publicidad estaba prohibida por una Ley de la Comunidad de Madrid.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. En las calles de Madrid está prohibido efectuar publicidad exterior de bebidas alcohólicas fuera de los lugares y fechas en que la ley lo permita expresamente. 5.2. Desconsideración de las reglas y principios de interpretación de las normas legales. 5.3. La prevalencia de un supuesto derecho a la salud sobre los derechos, expresamente reconocidos en la Constitución, que amparan la publicidad de un bien de lícito comercio. 5.4. Conclusión.

1. Resumen de los hechos

El hecho que dio origen al litigio al que puso fin la Sentencia del Tribunal Supremo 891/2010, de 3 de enero de 2011, era la colocación de dos vallas cuyo contenido era visible desde sendas calles de Madrid capital que anunciaban una marca de un whisky escocés. Una Asociación de Consumidores instó la acción de cesación contra la compañía anunciante por considerar que, la Ley 5/2002, de la Comunidad de Madrid, sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos (en adelante, LComM), prohibía la publicidad de bebidas alcohólicas en las calles de las ciudades de la Comunidad. La prohibición hacía aplicable el artículo 3 de la Ley General de la Publicidad (en adelante, LGP) vigente a la sazón que declaraba ilícita la publicidad infractora de la ley. En su virtud, y de acuerdo con la propia LGP, procedía interponer la acción de cesación de esa publicidad ilícita. Junto a la retirada de las vallas en un brevísimo plazo, la demandante suplicaba además la publicación de la Sentencia en tres periódicos de circulación nacional así como que se impusiera a la demandada una multa coercitiva de 60.000 euros por cada día que transcurriera a partir del plazo marcado sin haber retirado la publicidad objeto de la demanda.

No está de más, por las razones que luego se verán, señalar como un hecho que las vallas se encontraban fijadas o adheridas a inmuebles de propiedad privada.

2. Solución dada en primera instancia

El juzgado de Primera Instancia nº 3 de Madrid dictó sentencia en 30 de abril de 2003 por la que desestimaba la demanda en su integridad. Ciertamente la sentencia reconocía, en primer lugar, la legitimación (no discutida) del actor, una Asociación de Consumidores, para interponer la demanda así como, en segundo término, la pertinencia de entrar a juzgar sobre el fondo con apoyo en los fundamentos materiales aducidos por la demandante. Pero la sentencia desestimaba la pretensión de la actora en cuanto que del artículo 28.1 h) en relación con el artículo 30, ambos de la LComM, no se deduce una prohibición de la publicidad de bebidas alcohólicas en las calles de las ciudades, siendo así que, además, las vallas publicitarias en cuestión se encontraban adosadas a inmuebles de propiedad privada a cuyos titulares no se les podía impedir ese disfrute de su propiedad.

3. Solución dada en apelación

Frente a dicha Sentencia de la Primera Instancia, la demandante interpuso recurso de apelación que se resolvió mediante Sentencia de 25 de sep-

tiembre de 2006 por la que se da lugar al recurso y, revocándose aquélla, 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.

La sentencia de la apelación expresamente considera ilícita la publicidad del whisky escocés en las calles de Madrid y, por consiguiente, acuerda su cesación.

4. Los motivos de casación alegados

Si a la palabra “motivo” le damos el alcance técnico-procesal que, según la Ley de Enjuiciamiento Civil le corresponde, habremos de decir que el recurso de casación se interpuso con arreglo a un único motivo, el comprendido en el artículo 477. 2. 3º LEC, esto es, en virtud del *interés casacional* que encerraba el asunto ya 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 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 sea apropiado destacar ya en este momento que, de los dieciséis folios que ocupa la Sentencia, 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.

El motivo que, en el plano procesal, fundamenta el recurso, ya en el plano jurídico-material, hace referencia a la pertinencia o no pertinencia de la aplicación al caso del artículo 3 LGP, prohibitivo de la publicidad ilícita por contraria a la ley, con las consecuencias también previstas en la LGP sobre retirada de la publicidad exterior y la imposición de multas coercitivas en caso contrario. La sentencia de la apelación había estimado que la LComM prohibía la publicidad de bebidas alcohólicas en las calles de las ciudades que era la premisa de la aplicación de aquel precepto de la LGP y de sus consecuencias. Pero, puesto que la ley autonómica no establecía aquella prohibición de manera expresa, ésta sólo podía deducirse de una interpretación de sus preceptos. Y, al no existir jurisprudencia que sentara esa interpretación para preceptos similares y tener la LComM una antigüedad inferior a cinco años, resultaba pertinente el recurso para que el Tribunal Supremo se pronunciara en definitiva sobre la pertinencia de la interpretación de las normas efectuada por la sentencia de instancia.

El Fundamento Jurídico Segundo viene concretamente a resumir lo que, en opinión del Excelentísimo Señor Magistrado Ponente, constituye el motivo único de casación, que consiste en sostener la necesidad de efectuar una interpretación de los artículos 28.1.h) y 30.3 LComM que se atenga al *carácter prohibitivo* de las norma, a su *finalidad* y al *sistema* tanto en el plano de la legalidad como, sobre todo, en el de la constitucionalidad

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *En las calles de Madrid está prohibido efectuar publicidad exterior de bebidas alcohólicas fuera de los lugares y fechas en que la ley lo permita expresamente*

No es dudoso que lo señalado en el enunciado constituye doctrina de la Sentencia que se comenta. En virtud de esa doctrina, precisamente el recurso de casación fue desestimado y quedó confirmada la sentencia de la apelación.

Ahora bien, expresar algo tan obvio parece que no ha de ser suficiente. Porque ha de tenerse en cuenta que la prohibición de la publicidad de una bebida alcohólica en vallas situadas en las calles de Madrid no se establece por ningún precepto legal de modo expreso, sino que se apoya en una inferencia que inevitablemente exige considerar cómo deben ser interpretados ciertos preceptos legales aplicables; en concreto, los artículos 28.1 h) y 30.3 LComM. Ante esa realidad, lo importante, lo que debería ser considerado doctrina jurisprudencial es, a mi juicio, el modo cómo ha llegado el T.S. a la conclusión del enunciado, es decir, en último extremo, el porqué de la interpretación de los preceptos concernidos en el caso en cuestión, que lleva a la misma conclusión de la Sentencia recurrida a la que llegó ésta sin practicar la menor tarea interpretativa.

Realmente se hace difícil escribir sobre la “doctrina” que en el punto comentado contiene la Sentencia del Alto Tribunal ya que lo primero que puede y debe decirse es que, en rigor, no resulta posible deducir ninguna doctrina de la sentencia puesto que ante una actitud simplemente negadora de los argumentos del recurso sobre la necesidad de una interpretación rigurosa de la ley sin que se justifiquen las razones que motivan la negativa no cabe sino preguntarse por la causa de ello y tratar de inducirla de las palabras y de la efectiva preterición de la consideración de aspectos de índole jurídica de relevancia indiscutible a la hora de dar solución al conflicto planteado. Es ciertamente dudoso que pueda decirse que la Sentencia establece doctrina jurisprudencial sobre aspectos que, aunque debieran haberse resuelto en la casación, no han sido objeto del menor pronunciamiento en la sentencia del T.S. Pudiera acaso discutirse si el silencio o ausencia de atención en el fallo y en las razones

de éste de cuestiones relevantes representa doctrina desde el punto de vista jurídico-procesal. Pero eso no es de nuestro interés ahora porque el objeto de nuestro comentario ha de ser de índole jurídico-material. Y por lo tanto, al no poder deducir una verdadera doctrina jurisprudencial de ese orden y al haber la Sentencia dejado de aplicar conceptos jurídicos indispensables para justificar el fallo, la doctrina que aparentemente se contiene en el enunciado de este epígrafe no se puede en verdad tener por doctrina y sí, en cambio, merece serle reprochado a la Sentencia el inaceptable proceso intelectual a través del que se obtuvo.

En la sentencia de instancia que motivó el recurso de casación no se agotaron las razones que justificaban su fallo, fallo luego sostenido por la Sentencia de la casación. Ni en una ni en otra resolución se efectuó ninguna argumentación sobre la pertinencia de la interpretación de los mandatos contenidos en los preceptos legales en los que se apoyaban. Lo que la Sentencia de la Sala 1^a aduce para sostener el fallo de la instancia que prohíbe la publicidad en las calles sobre la base de preceptos legales que no la imponen de manera expresa consiste en afirmar, sin la menor argumentación al respecto, que una interpretación de los preceptos que condujera a la no prohibición de la difusión publicitaria en cuestión habría de sostenerse en la lógica meramente “formal” y ésta es ajena a la argumentación jurídica. Desde este punto de vista, la interpretación a que había llegado la sentencia de instancia era, pues, la correcta y la pertinente.

Pero como la interpretación de las normas es un paso ineludible para conocer su verdadero mandato, se comprenderá que no sea fácil concluir que puede considerarse doctrina jurisprudencial que las normas y los principios relativos a la interpretación del derecho no deben ser tenidos en consideración por los jueces y tribunales, máxime en circunstancias como las del caso en que el recurso de casación se admite por no existir jurisprudencia sobre preceptos comprensivos de mandatos similares a los de una ley de antigüedad inferior a cinco años como era el caso. La actitud de excluir una interpretación según derecho de los preceptos legales representa sencillamente un disparate que no puede pensarse que constituya doctrina *stricto sensu*. Sin embargo, esa es la *doctrina* que se deduce del fallo. Claro que, para ser justos, hemos de acudir a la *razón para decidir* y, al hacerlo, descubrimos que la repetida publicidad exterior está prohibida por ser contraria al derecho a la salud que, al parecer, queda afectado según la opinión irrefutable de los juzgadores.

Séame permitido añadir que no puede admitirse que la lógica, aunque calificada con intención peyorativa de “formal”, no sea absolutamente necesaria en el discurso jurídico tanto como en cualquier otro discurso intelectual, porque admitirlo así no significa que debe aceptarse la solución mejor fundada en razones exclusivamente lógicas por encima de las que pudieren obtenerse según un razonamiento “*problemático*”; pero significa que tampoco este último

puede renunciar a la lógica si quiere ser de veras un razonamiento. El rechazo a la lógica, que acaso pudiera tenerse también por doctrina de la Sentencia, expulsa al derecho de toda racionalidad y aloja su aplicación en el campo de los sentimientos, de la ideología en definitiva.

En suma, la carencia de argumentos para no atenerse a las reglas de la interpretación de las normas no puede ser doctrina deducible de una Sentencia y, en concreto, de la que se comenta, sino que, por el contrario, ha de ser algo que tiene que serle reprochado. Pero para saber hasta dónde debe alcanzar el reproche se hace necesario comenzar por el tratamiento que merecen en la Sentencia las reglas de la interpretación de las normas para, a continuación, detenernos en otro punto de la mayor significación por su pertenencia al orden constitucional como es el de la confusión entre *derechos* y *principios rectores de la política social y económica*.

A continuación, nos detendremos en una y otra de las cuestiones planteadas.

5.2. *Desconsideración de las reglas y principios de interpretación de las normas legales*

La Sentencia objeto de este comentario en su Antecedente de Hecho 4º 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 LComM, ya que, según aquella resolución, “*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, en el caso, “*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*”.

La sentencia recurrida, pues, da por supuesto que no es necesaria ninguna interpretación para entender que la norma que resuelve la cuestión planteada sobre la publicidad de bebidas alcohólicas en las calles se integra por lo que dispone el artículo 28 LComM en su apartado 1.h) que, al establece una pequeña cláusula general de cierre de las prohibiciones, necesariamente remite a lo dispuesto en el artículo 30.3 LComM. Por cierto que esa actitud de la sentencia recurrida debería haber sido motivo de rechazo por el Alto Tribunal ya que implica un “hacer supuesto de la cuestión”, cosa que, como es sabido, tan frecuentemente denuncia la Sala 1ª TS para desestimar una gran mayoría de los recursos de casación. Y se “hace supuesto de la cuestión” en el caso porque lo que cabalmente es discutible es si las normas concernidas proponen el tratamiento que la sentencia de instancia les atribuye. Nótese que a ello se ceñía la materia que justificaba el *interés casacional* que motivó la acogida

del recurso, según la propia Sala 1ª reconoce en su Auto ya citado de 27 de enero de 2009.

La Sentencia de la casación da por buena la aplicación de los artículos 28.1 h) y 30.3 LComM tal y como los entiende la sentencia de instancia, que, recordémoslo, no efectúa el menor intento de interpretación, dando por supuesto entonces ambas resoluciones algo tan falso como que la vía pública es un lugar en el que, según dichos preceptos, está prohibida la publicidad de las bebidas alcohólicas. El fallo de la Sentencia de la casación que aquí se comenta 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 a los preceptos que estaría muy lejos de ser el que les correspondería de haberse procedido 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*? Pues bien, la Sentencia del TS da de hecho por bueno éste inaceptable adagio.

No es fácil compartir la tesis de la Sentencia que se comenta acerca de que el sentido de los preceptos controvertidos es el de dar acogida a la vía pública entre los lugares en los que está prohibida la venta de bebidas alcohólicas que es lo que en general prohíbe el artículo 30.3 LComM y tampoco es fácil admitir que el precepto, a su vez, particularice o especifique la cláusula general limitativa de la publicidad que se contiene en el art. 28.1.h) LComM.

Para alcanzar efectivas convicciones sobre esos particulares es absolutamente necesario proceder a una interpretación de los preceptos, de donde hemos de concluir que no puede precisamente tenerse por presupuesto lo que sólo puede ser fruto de la interpretación. Y esto es así diga lo que diga la Sala 1ª TS.

Puestos, pues, en el trance de tener que interpretar los tan citados preceptos legales, ni la interpretación literal ni la lógica ni la sistemática conducen a justificar, sino al contrario, la conclusión de que esté prohibida en general la publicidad de bebidas alcohólicas en las calles de Madrid.

El artículo 30 de la tan repetida LComM se refiere a la prohibición relativa a la *venta y consumo* de bebidas alcohólicas en las vías públicas de la Comunidad de Madrid. Llegar a determinar el alcance de esta norma prohibitiva es decisivo para nuestro propósito puesto que será por la remisión que a ella efectúa el artículo 28.1 h) de la misma ley como podrá entenderse que no puede realizarse publicidad exterior de bebidas alcohólicas en las calles de la Comunidad. Lo primero que hay que decir es que tanto uno como otro precepto se conciben y proponen textualmente en la ley como *limitaciones* por contenerse, el artículo 28, en un Capítulo, el I del Título II, que se rubrica: “de las limitaciones a la publicidad y promoción de bebidas alcohólicas y tabaco” y el artículo 30 en

un Capítulo, el II del mismo Título II, que se rubrica: “de las limitaciones de la venta y consumo de bebidas alcohólicas”.

Por otra parte, la prohibición de la venta y consumo de alcohol no se concibe de manera absoluta e incondicional por el artículo 30 LComM ya que éste, a su vez, contiene dos excepciones a la prohibición. De un lado, es lícito el consumo y la venta en los espacios de las vías públicas ocupados por terrazas y veladores y, de otro, sin referencia a ningún acotamiento espacial, en los días de feria o fiestas patronales. Notemos que, puesto que la prohibición no puede reconocerse más que como una limitación y así lo deja establecido la propia ley, las excepciones lo son entonces a una limitación. De donde hemos de deducir, en primer término, que, en todo caso, las calles no son un lugar en que esté incondicionalmente prohibida la venta y consumo de bebidas alcohólicas y, por consiguiente, que no debe darse por descontado que nunca quepa hacer publicidad de esas bebidas en la calle. Por otro lado, no cabe duda de que acabamos de dejar establecidas las premisas de una cuestión jurídica de primera magnitud que hace llamada al principio general *odiosa sunt restringenda, favorabilia amplianda*. Pese a la inexplicable postergación deliberada de este principio por la Sentencia que se comenta, no puede soslayarse su juego en el caso que nos ocupa. Por cierto que esa postergación no puede considerarse que constituya doctrina propiamente dicha de la Sala. Dicho principio, en efecto, ha de presidir toda la tarea interpretativa que se propone a continuación.

Por lo pronto no es ni mucho menos seguro que las limitaciones a la publicidad en las calles en general se sigan sin más de la remisión del artículo 28 al artículo 30, ambos de la LComM. Porque a las prohibiciones de la publicidad se refiere, no importa repetirlo, el artículo 28 de la tan citada LComM. Este no alude a las vías públicas en toda su extensión y, en cambio, recoge de modo expreso algunas que se refieren a publicidad visible desde la calle. Por otro lado, en dicho artículo se señalan 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 tanto en vista del silencio de la norma sobre la vía pública como lugar en que esté prohibida en general la publicidad de bebidas alcohólicas como al comprobar que la prohibición solo se refiere a determinados soportes que discurren (por ej. autobuses) 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. Por cierto que no quiero dejar de aludir a la impertinencia de la modificación del Código por la que se dio entrada en ese precepto al criterio histórico-sociológico. Impertinente, porque era innecesario recogerlo según manifiestan los avances en relación con la verdad comunicativa o hermenéutica; impertinente, además, por servir de “caballo de Troya”, como sucede en nuestro caso, para que sea derecho cualquier ocurrencia del juez sin más que declararla conforme con la opinión dominante en ese momento.

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 supuesto siempre que se cuente con las debidas licencias. Puesto que en el caso en cuestión no se trata de ninguno de esos supuestos, debe considerarse prohibida la exhibición de las vallas

Pero 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 de 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*” es 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.

En este punto conviene referirse a que la Sentencia que se comenta se detiene en 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 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, anclar 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 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.

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.

5.3. *La prevalencia de un supuesto derecho a la salud sobre los derechos, expresamente reconocidos en la Constitución, que amparan la publicidad de un bien de lícito comercio*

Reconocer que algo así pueda constituir doctrina jurisprudencial es algo verdaderamente fuerte. Pero por fuerte que sea, es obligado deducir esa enseñanza de la Sentencia que se comenta. No se desmiente por ella que la emisión de mensajes publicitarios, de un lado, se encuentre amparada por el derecho a la libertad de expresión y de información (artículo 20 CE) ni, de otro, que pertenezca al núcleo del contenido del derecho a la libertad de empresa (artículo 38 CE) aunque el primero de ellos ni siquiera sea mencionado. Pero el segundo derecho, que sí se menciona, queda preterido ante un llamado “derecho a la salud” (sic) al que se le reconoce por cierto la categoría de derecho fundamental de la persona. En este punto es de notar la ausencia del más mínimo rigor nada menos que por lo que se refiere a la conceptualización de los derechos y a su régimen jurídico así como, en definitiva, al orden constitucionalmente imperado.

En efecto, es de interés señalar que la sentencia del TS objeto de este comentario recoge en su Antecedente de Hecho 4º y de manera que parece hacerlo suyo el *dictum* de la sentencia de la apelación relativo a la doctrina de 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*”.

Es de señalar la falta de rigor que supone considerar integrado un *derecho a la salud* en el “conjunto del sistema de derechos constitucionales” a la vez que se reconoce en la propia Sentencia 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”. Esta falta de rigor es determinante para la *ratio decidendi* del fallo casacional que sostiene la prohibición para los anuncios de bebidas alcohólicas denunciados en el procedimiento por la lesión al derecho a la salud que está por encima del derecho a la libertad de empresa. Se ignora, pues, la distinta protección para los derechos y los principios que se establece por la propia Constitución y que exigiría en nuestro caso que la limitación al derecho viniera de su regulación legal respetuosa con su contenido esencial (cfr. art. 53.1 CE), cosa que no su-

cede. Y aun es ese caso, todavía serían de aplicar los principios de *necesidad* y *proporcionalidad* que exige el TJCE. A este modo de ver las cosas y no a otro responde la jurisprudencia de este último Tribunal que se citó en la Sentencia de la apelación y se da por buena en la de casación en cuanto una y otra se pregunta si cabe imponer limitaciones o no a la publicidad de bebidas alcohólicas. En realidad, esta cuestión es ajena al conflicto que debía resolverse.

5.4. Conclusión

En el caso que nos ocupa a la Sala 1ª del T.S. le era exigido examinar si las normas de la LComM imponen la prohibición de publicidad exterior de las bebidas alcohólicas en las calles de las ciudades de la Comunidad. Dado que la prohibición no se impone literalmente, el examen debía efectuarse mediante una interpretación correcta de dichas normas que no se ha producido, sino que se resuelve, al igual que en la sentencia de la apelación, sin cuidado, es más, en contra, de lo que se deduce de la interpretación lógica y sistemática del art. 30.3 en relación al art. 28.1 h), ambos de LComM, como asimismo sin atender al principio general *odiosa sunt restringenda, favorabilia amplianda*.

En segundo lugar, la Sentencia que se comenta se atiene a un supuesto derecho a la salud ante el que debe ceder el derecho a la libertad de empresa que acoge hacer publicidad. Con ello, además, se conculca el orden constitucional en cuanto que aquel derecho no existe como tal y, aunque existiera, hubiese sido necesario que la sentencia analizara si la prohibición general era necesario y proporcionada al fin de su protección. Esto tampoco lo efectúa la Sentencia.

Creo que 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 incluso para los partidarios de los llamados *derechos-prestación* a los que, en el mejor de los casos, se refieren los *principios rectores*. Si la publicidad de las bebidas alcohólicas 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, según la Sentencia comentada, 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?

Todavía una última pregunta: ¿Cómo es que la prohibición de la publicidad exterior de las bebidas alcohólicas que se fundamenta nada menos que en el derecho a la vida del pobre ciudadano incauto puede conocer las excepciones legales que la Sentencia reconoce que imponen los preceptos en cuestión?

Claro que seguramente esas y otras preguntas que podrían formularse se considerarían fruto de la lógica más execrable.