

En la Villa de Madrid, a veintitrés de octubre de dos mil doce.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 2505/2011, interpuesto por el Excmo. Ayuntamiento de Madrid, representado y dirigido por la Letrada de sus Servicios Jurídicos, contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 18 de noviembre de 2010, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 338/2009.

Se ha personado como parte recurrida la Asociación Española de Anunciantes, representada por el Procurador de los Tribunales, D. Argimiro Vázquez Guillén.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Segunda, dictó Sentencia, el 18 de noviembre de 2010, en el recurso núm. 338/2009, en cuya parte dispositiva se establecía: “Que estimando parcialmente el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de la Asociación Española de Anunciantes contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de fecha 30 de enero de 2009 por la que se aprueba la ordenanza reguladora de la publicidad exterior debemos declarar y declaramos:

Primero.- Anular el artículo 2.2 y 2.4 de la ordenanza reguladora de la publicidad exterior por no ser conformes a derecho.

Segundo.- Declarar la conformidad a derecho en todo lo demás de la ordenanza municipal impugnada.

Tercero.- No hacer expreso pronunciamiento sobre las costas”.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la Letrada del Ayuntamiento de Madrid, en representación y defensa del mismo, presentó escrito de preparación del recurso de casación, con fecha 11 de enero de 2011, y, teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

TERCERO.- La Letrada del Ayuntamiento de Madrid, en la representación que ostenta, procedió a formalizar el recurso de casación, mediante escrito de 24 de junio de 2011, interesando que se case la sentencia impugnada, y que se declare conforme a Derecho el Acuerdo del Ayuntamiento-Pleno de Madrid de 30 de enero de 2009, por el que se aprobó el texto de la Ordenanza Reguladora de la Publicidad Exterior, en lo relativo a la anulación del artículo 2.2.

CUARTO.- La representación procesal de la Asociación Española de Anunciantes se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario y suplica en su escrito a la Sala que dicte Sentencia por la que “...desestime el recurso del Ayuntamiento de Madrid,

confirme la sentencia recurrida, en lo relativo a la anulación del artículo 2.2 del Acuerdo del Ayuntamiento-Pleno de Madrid de fecha 30 de enero de 2009”.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo del presente recurso, el día 16 de octubre de 2012, fecha en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez, Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que constituye el objeto del recurso se refiere en su fundamento de derecho quinto al artículo 2.2 de la Ordenanza, exponiendo lo que sigue: “Artículo 2.2. Se prohíbe la publicidad en cualquier tipo de vehículo o remolque, en circulación o estacionado, excepto la que se realice en los vehículos destinados al transporte público de viajeros. En aquellos vehículos que pertenezcan a actividades económicas podrá figurar un elemento de identificación, nombre y/o logotipo de la razón social de la empresa o de su titular o de la marca comercial del producto, sin mención de promociones de productos y servicios.

Se alega que dicho artículo es contrario a la libertad de empresa reconocido en el art. 38 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha manifestado en sentencia, entre otras, de 8 de julio de 1993, recurso 1418/1987, la siguiente doctrina:

De manera que si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial “en libertad”, ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad pero también, de otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general.

Hemos de empezar poniendo de manifiesto que el título competencial del que parte el Ayuntamiento de Madrid para regular las condiciones a las que habrán de someterse las instalaciones y actividades de publicidad exterior es la potestad urbanística contemplada en el art. 151.1.o) de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid, por lo que toda la normativa tendente a regular la publicidad inserta en los vehículos excede de la potestad atribuida legalmente, lo cual conlleva la nulidad del artículo impugnado.

Por otro lado, evidentemente, el hecho de que los empresarios ubicados en el término municipal de Madrid no puedan colocar publicidad en los vehículos de la empresa y los

vehículos pertenecientes a empresas ubicadas en otros municipios si puedan, supone un atentado a la libertad de empresa y al principio de que la misma debe ejercerse en condiciones de igualdad, lo que colocaría en ventaja a las empresas domiciliadas fuera del municipio de Madrid, además de que dicha norma nunca puede entenderse que tenga como finalidad la ordenación del mercado y la actividad económica general.

Por otro lado, no existe justificación alguna para que la única publicidad que se pueda colocar en los vehículos sea la que se realice en los vehículos destinados al transporte público de viajeros, debiendo distinguir entre la regulación a la que deben someterse los distintos soportes y formas de publicidad, con la reserva de publicidad en los vehículos destinados al transporte público, lo cual tiene como única finalidad intervenir de manera ventajosa en el mercado publicitario al eliminar, sin justificación alguna, todo tipo de competencia, vulnerando de este modo el derecho a la libertad de empresa, ya que las empresas se verían obligadas, con la finalidad de dar a conocer sus productos, a contratar con el Ayuntamiento de Madrid quien directamente, o indirectamente, establecería los precios de la publicidad que más le conviniera al haber eliminado toda la competencia del sector.

Procede, en consecuencia, anular el art. 2.2 de la Ordenanza Reguladora de la Publicidad Exterior”.

SEGUNDO.- Frente a esta sentencia y en relación con la anulación del artículo 2.2 de la Ordenanza interpone recurso de casación el Ayuntamiento de Madrid mediante un único motivo que se acoge al apartado d) del número 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción por “infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”.

Considera el motivo que la sentencia vulnera el principio de autonomía municipal consagrado en los artículos 137 y 140, así como el artículo 38 de la Constitución española y los artículos 4.1 y 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.

El motivo rechaza la afirmación que contiene el fundamento de derecho tercero -se entiende que, en realidad, quiere referirse al fundamento de derecho quinto- de la sentencia, en cuanto hace descansar el título competencial del Ayuntamiento para regular las condiciones a las que habrán de someterse las instalaciones y actividades de publicidad exterior en la potestad urbanística contemplada en el artículo 151.1 o) de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid y, por el contrario, sostiene que lo hace, en primer lugar, de acuerdo con lo dispuesto por la LBRL artículo 25.2.f), según el cual, “el Municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: Protección del medio ambiente”. Junto a ese título añade el Ayuntamiento recurrente la competencia prevista en el apartado b) del mismo precepto relativo a la “Ordenación del tráfico de vehículos (...) en las vías urbanas”.

Afirma que la publicidad en vehículos daría lugar a una evidente contaminación visual y la mancha publicitaria se multiplicaría extraordinariamente, sobre todo, con los vehículos de gran tamaño; se incrementarían, tanto la contaminación atmosférica por el mayor número de vehículos en circulación, como los problemas de movilidad en el tráfico, al tiempo que influiría en los conductores, dando lugar a distracciones y a los consecuentes accidentes.

Rechaza, de igual modo, la idea de la sentencia en relación con el perjuicio que supondría la dificultad de los empresarios de Madrid en relación con los de otros municipios en los que sí se autoriza esa publicidad y que podrían utilizarla en este término municipal. Y niega que ese precepto afecte a la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución.

En efecto, el objeto de la Ordenanza es regular las condiciones que deben cumplir las instalaciones y actividades de la publicidad exterior, justificando todas las medidas adoptadas para cumplir el fin de compatibilizar dichas actividades con la protección del paisaje urbano y la imagen de la ciudad de Madrid, considerando el objetivo de prevención y corrección de la contaminación lumínica y visual y el fomento de la utilización de fuentes de energía renovable; todo ello, sin que se menoscabe el principio constitucional de la libertad de empresa, bien entendido que no puede entenderse como un derecho absoluto. Así, cuando su ejercicio colisiona con otros - señala el Ayuntamiento recurrente-, es susceptible de control y pueden establecerse, por tanto, restricciones. No se trata de una decisión arbitraria, sino de aplicación general a todas las personas afectadas sin diferenciación alguna; no se hace más que una excepción, la relativa al transporte público del municipio porque no tiene los inconvenientes ya expuestos. Y esa publicidad se contrata en régimen de libre concurrencia y con la transparencia que imponen las normas de contratación.

A lo anterior se opone la parte recurrida, quien sostiene que no cabe otra alternativa que entender que existe una reserva de Ley en materia de publicidad, al encontrarse enmarcada en el derecho de libertad de empresa recogido en el artículo 38 Constitución Española.

Lo cierto es que nuestra Carta Magna no establece en ninguna parte de su articulado reserva de Ley en materia de publicidad, ni puede deducirse tal afirmación de la lectura del artículo 38, que regula la libertad de empresa; ni ésta y publicidad son una misma cosa. Así mismo, hay que precisar que el objeto de la Ordenanza en cuestión no es la regulación de la publicidad, materia regulada por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, sino las instalaciones y actividades de publicidad exterior, es decir, los medios a través de los cuales se produce la actividad publicitaria, pero no su contenido. El propio artículo 1.2 b) de la Ordenanza define la publicidad exterior como “la que es visible desde las vías y espacios públicos, siendo susceptible de atraer la atención de quienes se encuentren en espacios abiertos, transiten por la vía pública, circulen en medios privados o públicos de transporte y, en general, permanezcan o discurren por lugares o ámbitos de utilización común”.

Por otra parte, la cuestión de la conformidad a Derecho del artículo 2.2 de la Ordenanza reguladora de la Publicidad Exterior del Ayuntamiento de Madrid y de la procedencia de su anulación por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ya fue resuelta por esta Sala y Sección mediante Sentencia de 13 de marzo de 2012, que estimó el recurso de casación núm. 1304/2011, interpuesto por dicho Ayuntamiento, y desestimó el planteado por la Comunidad de Madrid, casando la sentencia de 18 de noviembre de 2010, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 405/2009, que anulaba el citado artículo 2.2.

Consecuentemente, en aras de los principios de seguridad jurídica y unidad de doctrina, se estima el motivo. La mencionada Sentencia de 13 de marzo de 2012 pone de manifiesto la conveniencia de recordar lo que expusimos con anterioridad en nuestra Sentencia de 14 de diciembre de 2.011 (Rec. núm. 611/2.011), “en la que se cuestionaban, también, en ese caso, por una asociación privada, determinados artículos de la misma Ordenanza de Publicidad Exterior del Ayuntamiento de Madrid. En aquel recurso como en éste, se afirmaba por la sentencia de instancia que el título competencial que utilizó la Corporación municipal para elaborar y promulgar la Ordenanza era el de su competencia urbanística tomada del mandato del artículo 151.1.o) de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid. Allí y en el fundamento cuarto de esa sentencia rechazamos ese argumento afirmando “que, además, y como expresamente expone la Ordenanza, existen otros (títulos competenciales) como el medio ambiente en sentido amplio o la protección del patrimonio”. Esa idea es perfectamente asimilable al supuesto que ahora nos ocupa puesto que la Corporación municipal de Madrid defiende ese artículo 2.2 de la ordenanza manifestando que para ello dispone de la competencia que le otorga el artículo 25.2.f) de la Ley de Bases de Régimen Local, Ley 7/1985, de 2 de abril, de protección del medio ambiente en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como la que en los mismos términos le otorga la “Ordenación del tráfico de vehículos” en las vías urbanas”, artículo 25.2.b) citado. Y es evidente que esos aspectos de la actividad de la ciudad y sus habitantes, medio ambiente en el sentido de paisaje urbano y ordenación del tráfico, se ven afectados por la publicidad exterior que la Ordenanza define como la que “es visible desde las vías y espacios públicos siendo susceptible de atraer la atención de quienes se encuentren en espacios abiertos, transiten por la vía pública, circulen en medios privados o públicos de transporte y, en general, permanezcan o discurran por lugares o ámbitos de utilización común”.

Continuamos afirmando en la citada Sentencia de 13 de marzo pasado que: “Desde esta perspectiva es claro que la prohibición que dispone el artículo que anula la sentencia de instancia e impide “la publicidad en cualquier tipo de vehículo o remolque, en circulación o estacionado, excepto la que se realice en los vehículos destinados al transporte público de viajeros” es conforme a Derecho. Y lo es porque no pone en cuestión la libertad de empresa que en el marco de la economía de mercado reconoce el artículo 38 de la Constitución por el hecho de que ordene la publicidad exterior en la ciudad en cualquier tipo de vehículo o remolque, en circulación o estacionado en la vía pública, restringiéndola a la que se realice en los vehículos destinados al transporte

público de viajeros. Y ello porque esa prohibición o restricción en nada afecta al desarrollo de la libre iniciativa empresarial en los distintos ámbitos publicitarios y tampoco introduce un factor determinante en materia de la libre competencia. La restricción de esa publicidad en cualquier tipo de vehículo o remolque, en circulación o estacionado en la vía pública no busca más que la protección del medio ambiente urbano evitando el exceso que de otro modo podría producirse con el uso indiscriminado de esa publicidad e, igualmente, la posible mayor saturación del tráfico que esa publicidad exterior en movimiento de vehículos o en el estacionamiento de los mismos en determinadas vías urbanas podría producir. Tanto más cuanto que por otra parte el precepto cuestionado sí permite esa publicidad exterior que podríamos calificar de discreta o menos contaminante del paisaje de la ciudad, cuando admite que “en aquellos vehículos que pertenezcan a actividades económicas podrá figurar un elemento de identificación, nombre y/o logotipo de la razón social de la empresa o de su titular o de la marca comercial del producto, sin mención de promociones de productos y servicios”.

Y, por último, y sobre esta cuestión parece razonable el que la publicidad exterior se autorice en los vehículos destinados al transporte público de viajeros, puesto que el uso de la misma está amparado por las peculiaridades que el mismo posee como son la limitación del número de vehículos en superficie, sus horarios, y la libre concurrencia en la adjudicación de los espacios publicitarios. Circunstancias todas ellas que permiten un uso razonable de esa publicidad sin perjudicar los valores que explícitamente la Ordenanza trata de preservar”.

TERCERO.- Al estimarse el motivo se casa la sentencia de instancia que en este extremo se anula y se deja sin ningún valor ni efecto, y, en consecuencia, y de conformidad con lo previsto en el artículo 95.2.d) LRJCA, esta Sala “resolverá lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate”. Y por las razones expuestas en el fundamento de Derecho anterior, el artículo 2.2 de la Ordenanza Reguladora de la Publicidad Exterior del Excmo. Ayuntamiento de Madrid se declara conforme a Derecho.

CUARTO.- Al estimarse el recurso de casación planteado por el Excmo. Ayuntamiento de Madrid, en virtud de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede hacer expresa condena en costas.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

**FALLAMOS**

Estimar el recurso de casación núm. 2505/2011 interpuesto por el Servicio Jurídico del Excmo. Ayuntamiento de Madrid frente a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Segunda, de 18 de noviembre de 2010, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 338/2009, que se casa y se declara nula y sin ningún valor ni efecto, en lo relativo a la anulación

del artículo 2.2 de la Ordenanza Reguladora de la Publicidad Exterior del Excmo. Ayuntamiento de Madrid, al resultar dicho precepto conforme a Derecho. No hacemos expresa condena en costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Manuel Sieira Míguez.- Ricardo Enríquez Sancho.- Segundo Menéndez Pérez.- Enrique Lecumberri Martí.- Santiago Martínez-Vares García.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez, todo lo cual yo el Secretario, certifico.