

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

11016 *Sala Primera. Sentencia 147/2014, de 22 de septiembre de 2014. Recurso de amparo 6119-2012. Promovido por Radio Castellón, S.A., en relación con las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Castellón que rechazaron su demanda de protección frente a la asignación de publicidad institucional por el Ayuntamiento de Almazora. Vulneración del derecho a la igualdad ante la ley en relación con el derecho a la libertad de información: STC 104/2014 (exclusión absoluta de inserción de publicidad institucional en un medio de comunicación, particularmente relevante por su implantación y audiencia, carente por completo de justificación administrativa).*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, doña Encarnación Roca Trias, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García y don Juan Antonio Xiol Ríos, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 6119-2012, promovido por Radio Castellón, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Francisco Velasco Muñoz-Cuellar y asistida por el Abogado don Eduardo Aznar Giner, contra la providencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 21 de septiembre de 2012, por la que se inadmite a trámite el incidente de nulidad interpuesto contra la Sentencia núm. 337/2012, de 20 de junio de 2012, que estima parcialmente el recurso de apelación núm. 571-2011, interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Castellón de 18 de abril de 2011, dictada en el procedimiento de derechos fundamentales núm. 1148-2009, que inadmite el recurso formulado frente a la vía de hecho del Ayuntamiento de Almazora. Ha comparecido el Ayuntamiento de Almazora, representado por el Procurador de los Tribunales don Isacio Calleja García, bajo la dirección de la Letrada doña Inmaculada Paches Mateu. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Magistrada doña Encarnación Roca Trias, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 30 de octubre de 2012, el Procurador de los Tribunales don Francisco Velasco Muñoz-Cuellar, en nombre y representación de Radio Castellón, S.A., interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales dictadas en el rollo de apelación núm. 571-2011 y la vía de hecho del Ayuntamiento de Almazora, ambas mencionadas en el encabezamiento.

2. Los hechos relevantes para la resolución del caso son, en síntesis, los siguientes:

a) La sociedad demandante de amparo interpuso recurso contencioso-administrativo por los trámites del procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales, en el que denunciaba la inactividad de la Administración local demandada frente al

requerimiento formulado por medio de escrito remitido el 11 de noviembre de 2009. En este escrito se manifestaba no haber sido receptora de ninguna campaña publicitaria institucional en cinco años y se requería el cese inmediato de la exclusión discriminatoria que, por la vía de hecho, estaba sufriendo, así como el reconocimiento de los daños patrimoniales derivados de esa circunstancia.

En su demanda, presentada en el Decanato de los Juzgados de Castellón en fecha de 30 de marzo de 2010, la representación procesal de Radio Castellón, S.A., ponía de manifiesto lo siguiente: (i) que era titular de las emisoras radiofónicas Radio Castellón SER, 40 Principales Castellón, cadena Dial Castellón y M80 Radio Castellón, con difusión en el ámbito de la provincia de Castellón y asociadas a la cadena SER; (ii) que es un hecho socialmente notorio –se acompaña certificado de Estudio General de Medios (EMG), designando a efectos probatorios los archivos de la Asociación para la Investigación de Medios de Comunicación (AIMC)– que la cadena SER y sus radiofórmulas contaban con la condición de líderes de audiencia no sólo a nivel nacional, sino también en la provincia de Castellón; (iii) que la demandante ofrece precios que son acordes a su posición de liderazgo y repercusión mediática y análogos a los de la competencia, esencialmente cadena COPE (Radio Popular) y Onda Cero (UNIPREX, S.A.); (iv) que se constata como hecho objetivo que desde el 30 de septiembre de 2005, ninguna campaña de publicidad institucional ha sido asignada a la recurrente por la Administración demandada; (v) que ese modo de proceder evidenciaba una arbitrariedad discriminatoria, una directriz sistemática y sostenida en el tiempo a través de una vía de hecho, en tanto que repetida en cada una de las campañas institucionales sucesivas; (vi) que la línea editorial no puede ser nunca razón legítima para que el Ayuntamiento demandado prescindiera de quien es líder de audiencia en su territorio, no atisbándose, sin embargo, otra razón que explicase la actuación administrativa; (vii) que el Ayuntamiento no ha explicitado criterio objetivo justificativo de esos hechos, tampoco con ocasión del requerimiento fehaciente efectuado el 11 de noviembre de 2009; (viii) y que dicho comportamiento infringe la regulación de la Ley 7/2003, de 20 de marzo, de publicidad institucional de la Comunidad Valenciana, los derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE), así como a la libertad de expresión y de opinión (art. 20 CE), y expresa una vulneración de principios jurídicos básicos en la actuación de las Administraciones públicas, como los de imparcialidad, arbitrariedad y legalidad, pues de un total de 176.546,77 € no se distribuyó ni un euro a la recurrente en cinco años.

Con base en todo lo expuesto, suplicaba la declaración de vulneración de aquellos derechos fundamentales (arts. 14 y 20 CE), la nulidad de la vía de hecho en la asignación discriminatoria de publicidad institucional, el cese de la misma y una reparación económica (equivalente al 80 por 100 de las contrataciones de publicidad institucional que la demandada hubiera concedido, directa o indirectamente, al medio radiofónico con mayor volumen total asignado desde el año 2005).

El Ministerio Fiscal interesó que se admitiera el escrito presentado en tiempo y forma y que se dictara Sentencia conforme a lo que quedara acreditado, tras la práctica de la prueba. El Ayuntamiento de Almazora, por su parte, se opuso a la demanda aduciendo: (i) como cuestión previa, se planteó la inadmisibilidad del recurso por haberse interpuesto antes de transcurrir el plazo legalmente establecido para resolver el ayuntamiento sobre la petición conjunta de cesación de vía de hecho y de indemnización por daños patrimoniales; subsidiariamente, y para el caso de que no se estimara dicho motivo, se alega que el recurso fue interpuesto después de haber transcurrido el plazo legal para su interposición; (ii) respecto al fondo, se remite a lo que resulte de la práctica de la prueba, solicitando la desestimación del recurso.

b) Por Sentencia de 18 de abril de 2012, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Castellón, inadmitió el recurso. El órgano judicial razona, acerca de los plazos de impugnación de la vía de hecho, que la recurrente no dedicó un solo fundamento a justificar por qué razón demoró hasta el 11 de noviembre de 2009 –en que efectuó su requerimiento de cesación de vía de hecho– la pretensión de que se pusiera fin a una situación que se inició el 1 de enero de 2004; ni tampoco a justificar su falta de

conocimiento de la presunta situación de discriminación hasta el año 2009. Por esa razón concluía que «aun cuando se considerara, acudiendo a la hipótesis, necesario el transcurso de un ejercicio presupuestario, en este caso 2004, para que la recurrente tuviera conocimiento de la falta de contratación de publicidad por parte del Ayuntamiento, desde el 1 de enero de 2005 hasta la fecha de requerimiento (incurrir además en desviación procesal al referirse después a un periodo distinto, desde 2005), resulta obvio el transcurso del plazo máximo previsto en el art. 46.3 *in fine* LRJCA, desde que se inició la vía de hecho, o se tuvo conocimiento de su inicio. Es por ello que se ha operado la caducidad de la acción ejercitada, procediendo la inadmisión del recurso conforme al art. 69 c) en relación con 46.3 y 30 LRJCA».

c) La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución judicial, que fue admitido, dictándose la Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 20 de junio de 2012, que estimó parcialmente el recurso.

A juicio de la Sala, y con transcripción de las Sentencias de la misma Sala y Sección de 12 de marzo y 15 de mayo, ambas de 2012, no puede acogerse la causa de inadmisibilidad apreciada en la instancia, pues no cabe responder con una excepción formal a lo que podría reputarse una vía de hecho administrativa de carácter continuado, con posible discriminación de la parte apelante. Así, mientras dicho comportamiento administrativo continúa, la posible vulneración de derechos fundamentales, de haberse producido, se prolonga en el tiempo y puede denunciarse en cualquier momento. Por lo expuesto considera que el recurso es tempestivo.

En referencia a la cuestión de fondo suscitada al amparo del art. 14 CE, la Sentencia de apelación aborda su enjuiciamiento desde el prisma del principio general de igualdad (primer inciso del art. 14 CE), remitiéndose a lo ya dicho por la misma Sala en varios pronunciamientos, en concreto a lo afirmado en la Sentencia de 12 de junio de 2012, recaída en recurso de apelación núm. 738-2011, en lo que califica de un «idéntico supuesto». Declara, a través de transcripción de la Sentencia mencionada, que la vulneración constitucional a la que se alude en el recurso no se ha producido, «en la medida que la recurrente no aporta un término de comparación válido, indicativo de que haya una diferencia de trato por parte de la Administración contraria al art. 14 CE. Así es porque, si bien en los años 2004 y 2009 no se ha producido la contratación de publicidad en favor de la mercantil recurrente, sin embargo, aun cuando se ha ofrecido a este Tribunal datos sobre la existencia de una mayor audiencia de las emisoras de la actora en relación con otras emisoras en la Provincia de Castellón, no obstante, ha quedado acreditado en el presente proceso que sus tarifas son notablemente superiores a las del mercado, de tal manera que no concurren los presupuestos que la doctrina jurisprudencial más arriba expuesta exige para apreciar la existencia de discriminación». Añade que «[t]ampoco es de apreciar la violación del derecho a la libre expresión, por cuanto si bien es cierto que sentencias del Tribunal Supremo (sent. de 27/4/2004, entre otras) han recogido que el artículo 20.1, apartados a) y d) de la Constitución Española puede amparar la prohibición de una discriminación injustificada y arbitraria en materia de denegación de publicidad institucional, sin embargo, tal y como acaba de exponerse, en el presente no se ha producido dicha discriminación». En consecuencia, la Sala estima parcialmente el recurso de apelación, revocando la Sentencia de 18 de abril de 2011 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Castellón «en cuanto a la causa de inadmisibilidad que aprecia», pero desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Ayuntamiento de Almazora por vía de hecho al discriminar al demandante en la atribución de las campañas publicitarias radiofónicas.

d) Con fecha 6 de agosto de 2012, la representación procesal de Radio Castellón, S.A., formuló incidente de nulidad de actuaciones contra la Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 20 de junio de 2012, alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que basa en los siguientes motivos: (i) haber incurrido la resolución judicial en incongruencia *extra petita* por alteración del

debate procesal; (ii) haber dictado el órgano judicial una resolución irrazonable y arbitraria al no aplicar la doctrina constitucional en materia de distribución de la carga de la prueba cuando concurren indicios de discriminación; (iii) por haber dictado una resolución arbitraria al no haber expuesto las razones del cambio de criterio respecto de la Sentencia de 12 de marzo de 2012 en que, habiendo establecido la misma Sección que el mero liderazgo de audiencia era razón suficiente para entender vulnerado el art. 14 CE, ahora justifica que no concurre dicha vulneración por el diferente precio de las tarifas. También se alega la lesión del art. 14 CE por incurrir el órgano judicial, en una vulneración del principio de igualdad y a la no discriminación, al desestimar el recurso con el único argumento de la inexistencia de un término comparativo válido, si concurren tarifas superiores al mercado, cuando existen otros factores relevantes –establecidos en el art. 7 de la Ley de las Cortes Valencianas 7/2003– como son la repercusión social de los medios.

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, por medio de providencia de 21 de septiembre de 2012, inadmitió a trámite el indicado remedio procesal al no darse, a su juicio, los requisitos legales para su sustanciación, por falta de correspondencia entre las alegaciones que formulaba la parte y el contenido de la Sentencia de instancia y los términos del debate procesal tal y como ha sido planteada, dada la existencia de una causa de inadmisibilidad que estimada en la instancia, ha sido objeto de revocación en trámite de apelación.

3. La demanda de amparo plantea la lesión de los derechos fundamentales de la recurrente en amparo producidos por la vía de hecho de la Administración y por las resoluciones judiciales impugnadas. Concretamente imputa a la Administración la discriminación por razón de opinión ideológica (art. 14, en relación con el art. 20 CE), y al órgano judicial, Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Valencia, la lesión autónoma del art. 24.1 CE por los motivos que se resumen:

En primer lugar, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por incurrir en incongruencia *extra petita* al resolver el debate planteado por la diferencia de precio de las tarifas, un elemento que las partes no habían planteado según la demanda de amparo.

En segundo lugar, por infracción del derecho a una resolución razonable, ya que la Sentencia impugnada descarta la lesión aducida de discriminación por razón de opinión, porque las tarifas de la recurrente son superiores a las de sus competidores, pero ni la demandada ha mencionado ni ha quedado acreditado que haya concurrido ningún aumento de precio que justifique que la contratación caiga al cero absoluto desde 2005 sólo para Radio Castellón, S.A., dado que fue contratada de 2001 a 2005 con las mismas tarifas que en el periodo rechazado, lo que significa que, o bien se dañaba el erario público de 2001 a 2005, o bien el cambio de criterio municipal no se debió a las tarifas.

En tercer lugar, por infracción de las reglas que rigen la carga de la prueba y el derecho a una resolución fundada en Derecho. La demandada nunca propuso prueba sobre las tarifas de Radio Castellón, S.A., su naturaleza abusiva o desproporcionada en el mercado radiofónico, sin embargo, la resolución judicial lo aprecia de oficio, lo que infringe el 24.1 CE.

En cuarto lugar, aduce la lesión del derecho a una resolución no arbitraria por cambio de criterio respecto de la precedente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 12 de marzo de 2012, aportada como elemento de contraste, con cita de la STC 326/2006. La Sentencia aportada es del mismo órgano judicial y de la misma recurrente y estimó el recurso de apelación de la demandante de amparo siendo la *ratio decidendi* el criterio del liderazgo.

Por último, en quinto lugar, se aduce que la Sentencia impugnada no reparó la lesión del derecho fundamental de la recurrente en amparo a no sufrir discriminación por razón de opinión (art. 14 CE), en relación con su derecho a la libertad de expresión, dada su naturaleza de medio de comunicación (art. 20.1 CE), porque todo el razonamiento que

motiva la desestimación del recurso se fundamenta en las tarifas más altas que tiene la recurrente respecto de sus competidores. De acuerdo con la demanda de amparo, el órgano judicial debería haber ponderado otros factores, como ser líder de audiencia en el término municipal. Entiende que las «tarifas de mercado» no pueden excluir a quien lo conforma principalmente. Para el recurrente, la conformación jurídica del término válido de comparación a efectos de enjuiciar una discriminación constitucional en el ámbito de los medios de comunicación, debe ponderarse con todos los factores relevantes y examinar, entonces, su proporcionalidad y razonabilidad, siendo éste criterio de ponderación y proporcionalidad, el seguido por la Ley 7/2003, de 20 de marzo, de publicidad institucional de la Comunidad Valenciana.

En atención a todo lo expuesto, la demanda de amparo solicita la nulidad de la actuación impugnada del Ayuntamiento de Almazora, así como la de las resoluciones judiciales recurridas, declarándose vulnerados los derechos fundamentales que se invocan en el recurso, restableciéndose en los mismos a Radio Castellón, S.A., y ordenando retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de ser dictada la Sentencia de apelación.

4. La Sala Primera de este Tribunal, por providencia de 18 de noviembre de 2013, acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo, solicitando la certificación o fotocopia adverada de las actuaciones a los órganos judiciales que intervinieron en el proceso *a quo*, así como la práctica de los emplazamientos correspondientes

5. El Procurador de los Tribunales, don Isacio Calleja García, se personó en el proceso de amparo en nombre y representación del Ayuntamiento de Almazora, mediante escrito registrado en este Tribunal el día 12 de diciembre de 2013.

6. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sección Primera de este Tribunal, de 22 de enero de 2014, se acordó tener por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Castellón y escrito del Procurador don Isacio Calleja García, a quien se tiene por personado y parte en nombre y representación del Ayuntamiento de Almazora, a los solos efectos de evacuar el trámite de alegaciones del art. 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC). Asimismo se acuerda dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, de conformidad con el art. 52.1 LOTC, para que pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convenga.

7. La representación procesal de la demandante de amparo se ratificó en la demanda por escrito de 20 de febrero de 2014.

8. El Ministerio Fiscal evacuó el trámite el día 21 de febrero de 2014.

Tras la exposición de los antecedentes de hecho, el Fiscal ante el Tribunal Constitucional comienza sus alegaciones, con carácter previo al examen del fondo de las pretensiones, examinando si se ha visto cumplido el requisito del agotamiento de la vía judicial previa, en concreto, respecto de la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE), y, en relación con ello, la del derecho a la libertad de expresión, por cuanto ésta ya fue alegada en el procedimiento ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Castellón, siéndolo también en el incidente de nulidad. El Fiscal considera que dado que la Sentencia del Juzgado, de 18 de abril de 2011 no se pronunció sobre dicha cuestión, siendo resuelta por primera vez por la dictada en apelación, «parece de todo punto correcto» el planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones con causa en dicho motivo, por lo que concluye la vía judicial ha sido agotada adecuadamente. A continuación, y tras afirmar la naturaleza mixta del presente recurso de amparo, y con alusión a la STC 156/2009, de 29 de junio, FJ 3, expone que procede comenzar por el examen y resolución de la lesión imputada a la actuación administrativa, «de cuyo resultado dependerá la posterior reflexión sobre las

quiebras de constitucionalidad que se proclaman de la Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de justicia de la Comunidad Valenciana». Es por ello que comienza encuadrando la cuestión de fondo del recurso de amparo en el marco de la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación contempladas en el art. 14 CE, partiendo de la doctrina establecida en la STC 9/2010, de 27 de abril, FJ 3.

En cuanto al fondo, advierte que la representación procesal de la recurrente ha puesto más énfasis en la vulneración del principio general de igualdad que en la lesión del principio de no discriminación, aunque haya expresado también elementos relevantes de un trato discriminatorio, al aludir a que la falta de contratación de publicidad institucional a partir de 2005 es debida a la línea editorial de la cadena SER. Una precisión que no puede ser considerada irrelevante, pues entonces correspondería al Ayuntamiento de Almazora haber demostrado el carácter justificado de la diferencia de trato entre emisoras radiofónicas. En este sentido, para el Ministerio Fiscal, el hecho de que el Ayuntamiento no diera ninguna respuesta al requerimiento efectuado por la mercantil Radio Castellón, S.A., en el que se pone de manifiesto no haber sido receptora de ninguna campaña de publicidad institucional en los últimos cinco años, requiriéndole al mismo para el cese inmediato de la exclusión discriminatoria que estaba sufriendo, es suficiente para apreciar la discriminación denunciada por la recurrente.

A su juicio, dicha conclusión no puede variar desde el prisma de la genérica vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), pues la diferencia de trato ha sido evidente, sin que exista «justificación municipal alguna, ni en vía administrativa, ni en vía judicial, donde no formuló tesis alguna favorable a su postura». Sin embargo, existen una serie de circunstancias relevantes en la actuación judicial que, entiende, no pueden ser ignoradas: (i) la ruptura del criterio manifestado por el precedente administrativo, esto es, que el mismo Ayuntamiento, con tarifas de la recurrente también más elevadas que las de las emisoras de la competencia, venía contratando ininterrumpidamente publicidad con aquélla hasta el mes de abril de 2005; (ii) la falta de ponderación de que las tarifas publicitarias de Radio Castellón, S.A., podían ser más elevadas que las del resto de emisoras de Castellón precisamente porque su difusión se extendía a un número considerablemente mayor de oyentes, y (iii) el incumplimiento por parte del municipio de las directrices marcadas por la Ley 7/2003, de 20 de marzo, de publicidad institucional de la Comunidad Valenciana, especialmente los arts. 4 («[l]a publicidad institucional de las instituciones y Administraciones públicas debe servir con objetividad los intereses generales y se somete a los principios de eficacia, eficiencia y veracidad»); 7.1 («[l]a distribución de la publicidad institucional respetará los principios de eficacia, eficiencia y objetividad»); 7.2 («[e]n orden a la realización de los principios señalados en el apartado anterior, para la determinación de los medios de difusión se tendrán en cuenta, en particular, las características de los destinatarios de la publicidad; el ámbito e implantación territorial y social y el nivel de difusión o audiencia de los diversos medios, el coste de las inserciones publicitarias, y otros criterios análogos que contribuyan a la óptima consecución de los fines contemplados en el artículo 2, apartado 1, de esta Ley»), y art. 10 («[l]a contratación de la publicidad institucional se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y no discriminación, de acuerdo con las normas del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio»). Por tanto, y a su juicio, tal ausencia de justificación debería conducir a la misma conclusión ya expresada.

En cuanto a los motivos formulados al amparo del art. 24.1 CE, el Fiscal comienza su argumentación con el relativo a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente del derecho a obtener una resolución fundada en derecho, por vulneración de las reglas que rigen la carga de la prueba. Considera que éste debe ser reconducido a la infracción del derecho a la igualdad (art. 14 CE), que sería el derecho materialmente lesionado, dado que la recurrente, no imputa dicha infracción a la sentencia de apelación por inaplicación de la jurisprudencia constitucional que exige invertir la carga de la prueba en los casos en los que se alegue discriminación, sino que la Sala no

contempló la posible existencia de una infracción relativa a la prohibición de discriminación (art. 14 CE), pues es en ese ámbito en el que la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma. La insuficiente ponderación de circunstancias relevantes por parte de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, conduce, a juicio del Fiscal, a estimar la queja.

Tras hacer referencia a la jurisprudencia constitucional (cita, por todas la STC 62/2009, de 9 de marzo, FJ 2), considera, igualmente que se ha vulnerado el derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho (art. 24.1 CE), que proscribiera la arbitrariedad de las resoluciones judiciales, al no haberse justificado el cambio de criterio respecto de la Sentencia dictada por la misma Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, que procedió a estimar las pretensiones de las partes. Por el contrario, entiende que la queja de vulneración del art. 24.1 CE que imputa a la Sentencia de apelación por haber incurrido en incongruencia *extra petita* como consecuencia de la alteración del debate procesal suscitada por las partes, no puede ser acogida, por ser la propia parte quien introdujo en el debate la cuestión sobre la no adjudicación de publicidad por parte de la Administración desde 2005, a pesar de su liderazgo en la audiencia.

Por último, en relación a la queja de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por irrazonabilidad de la Sentencia al haber utilizado el órgano judicial, como argumento de desestimación del recurso, que la sociedad recurrente no se encontraba en la misma situación que el resto de las emisoras, porque sus tarifas publicitarias eran notablemente superiores y no haber tenido en cuenta otra serie de consideraciones fundamentales, el Fiscal estima que dicho motivo no puede prosperar por cuanto, con base en la doctrina de este Tribunal, la respuesta judicial ofrecida constituye una resolución debidamente motivada y no puede ser calificada de irracional. Al respecto recuerda la reiterada doctrina constitucional según la cual el art. 24.1 CE no garantiza el acierto judicial.

Por lo expuesto, interesa se declare la lesión del derecho fundamental a la no discriminación (art. 14 CE) por parte del Ayuntamiento de Almazora (Castellón), o, subsidiariamente, la del derecho fundamental a la igualdad de trato (art. 14 CE) o a la igualdad de trato y no discriminación (art. 14 CE) por la misma corporación local, disponiéndose la nulidad de la Sentencia 18 de abril de 2011 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, y de la Sentencia de 20 de junio de 2012 así como la de la providencia de 21 de septiembre de 2012, por la que se inadmitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones, dictadas ambas por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en igual procedimiento. O subsidiariamente, también, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, con proscripción de la arbitrariedad de las resoluciones judiciales (art. 24.1 en relación con el art. 9.3 CE), por la Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, disponiendo su nulidad, así como la de la providencia de 21 de septiembre de 2012 dictada por la misma Sala en igual procedimiento, retrotrayéndose las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse aquella a fin de que se dicte otra Sentencia respetuosa con los citados derechos fundamentales.

9. El Procurador de los Tribunales, don Isacio Calleja García, en nombre y representación del Ayuntamiento de Almazora, mediante escrito registrado en este Tribunal el día 21 de febrero de 2014, presentó alegaciones oponiéndose a las quejas de la recurrente.

Tras exponer los antecedentes, la representación procesal del Ayuntamiento de Almazora, comienza sus alegaciones en relación con la vulneración del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE) y la libertad de información (art. 20 CE). A su juicio, «[e]l hecho de que las tarifas de “Radio Castellón, S.A.” sean

notablemente superiores a las de la competencia durante los años en que alega la recurrente no le fue contratada publicidad, impide que el Tribunal declare que el Ayuntamiento ha vulnerado» los derechos alegados.

A continuación, y respecto de la alegada vulneración del art. 24.1 CE, el Ayuntamiento de Almazora alega que si bien al resolver el recurso de apelación la Sala estaba vinculada a las pretensiones de las partes, no lo estaba, sin embargo, «en cuanto a los motivos de impugnación u oposición, dado que disponía de facultades para introducir en el debate procesal motivos no apreciados por las partes, bien en el trámite de la vista o conclusiones, o en el momento de dictar sentencia». Añade que «[h]abiéndose acreditado en la sentencia dictada por la misma Sala y Sección, pocos días antes, que las tarifas de “Radio Castellón, S.A” eran notablemente superiores a las de la competencia, por cuyo motivo había desestimado el recurso de apelación interpuesto por dicha mercantil que afectaba [al] Ayuntamiento de Vila-Real, era procedente que también desestimara el recurso de apelación que afectaba al Ayuntamiento de Almazora pues, contrariamente a los que alegaba “Radio Castellón, S.A.”, sus derechos fundamentales no habían sido vulnerados» por dicho Ayuntamiento.

10. Por providencia de 18 de septiembre de 2014, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 22 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto de este recurso de amparo es determinar si la vía de hecho del Ayuntamiento de Almazora, consistente en excluir a la entidad demandante de la contratación de cualquier tipo de publicidad institucional, ha vulnerado su derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación (art. 14 CE), en relación con el derecho a la información (art. 20 CE). Subsidiariamente, deberá analizarse si las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la demandante, por incongruencia *extra petita*; por no haberse respetado las reglas de distribución de la carga probatoria en caso de invocación de trato discriminatorio, o por arbitrariedad al haberse apartado inmotivadamente de un criterio jurisprudencial previo.

El carácter mixto que, como señala el Ministerio Fiscal, adquiere este recurso por haberse imputado vulneraciones autónomas de derechos fundamentales tanto a la actuación de la Administración [art. 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)] como a la actuación del órgano judicial (art. 44 LOTIC) determina que, de conformidad con una reiterada jurisprudencia de este Tribunal (así, STC 31/2014, de 24 de febrero, FJ 2), el objeto principal de pronunciamiento sean las invocaciones referidas a la actuación administrativa y solo subsidiariamente las referidas a los órganos judiciales.

2. El análisis de la vía de hecho consistente en excluir a un medio de comunicación de la contratación de cualquier tipo de publicidad institucional por parte de una Administración pública y su incidencia sobre el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación (art. 14 CE), en relación con el derecho a la información [art. 20.1 c) CE], ha sido objeto de pronunciamiento en las SSTC 104/2014, de 23 de junio y 130/2014, de 21 de julio, con motivo de los recursos de amparo también interpuestos por Radio Castellón, S.A., en relación con los Ayuntamientos de Castellón de la Plana y Vila-real, respectivamente.

La doctrina constitucional establecida por la STC 104/2014, ha sido resumida por la STC 130/2014, FJ 3, en los siguientes términos:

«(i) La publicidad institucional es una concreción de la comunicación pública que pone en relación a los poderes públicos con los ciudadanos sobre intereses de la colectividad a través de los medios de comunicación social. De ese modo, también adquiere relevancia constitucional, desde la perspectiva de los derechos de los medios de comunicación social, en atención a la necesidad de que se depare un trato igualitario y no discriminatorio en la asignación publicitaria y de evitar

incidencias negativas en el ejercicio de su función informativa [arts. 14 y 20.1 a) y d) CE]. Así, tomando en consideración que los medios de comunicación operan en concurrencia competitiva, estos derechos fundamentales imponen un reparto equitativo de la publicidad conforme a la legalidad vigente, con criterios de transparencia e igualdad, evitando conductas discriminatorias y asegurando una eficaz garantía de la libertad y de la independencia de los medios.

(ii) La Administración Pública ha de actuar en este tipo de decisiones con objetividad y plena sumisión a la legalidad (arts. 103.1 y 106.1 CE) y sin arbitrariedad (art. 9.3 CE), ya que la discrecionalidad característica de ciertas decisiones administrativas no excusa la exigencia a la Administración de demostrar que los hechos motivadores de sus decisiones son legítimos o, aún sin justificar su licitud, que no tienen una naturaleza contraria a los derechos fundamentales; así, STC 92/2009, de 20 de abril, FJ 3 (FJ 5).

(iii) Una eventual vulneración de la prohibición de discriminación por razones ideológicas, de tendencia o de opinión (art. 14, segundo inciso, CE) en casos como los de asignación publicitaria exige acreditar no solo una determinada tendencia editorial (presupuesto para concebir la hipótesis de la lesión denunciada) y la circunstancia del diferente trato en la asignación de publicidad institucional (vía de hecho potencialmente lesiva), sino también otros elementos que pongan indiciariamente en conexión lo uno (el factor protegido -la opinión-) con lo otro (el resultado de perjuicio que se denuncia), por cuanto que la existencia misma de una línea editorial constituye únicamente, en principio y a los efectos de la discriminación por ese factor, un presupuesto de la eventual vulneración del art. 14 CE, pero no un indicio que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto (FJ 7).

(iv) La eventual vulneración en este tipo de decisiones del principio general de igualdad (art. 14, primer inciso, CE) exige que se haya introducido una diferencia de trato entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca una justificación objetiva y razonable para ello, ya que el art. 14 CE prohíbe las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según juicios de valor generalmente aceptados (STC 141/2011, de 26 de septiembre, FJ 3) y, además, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida; STC 9/2010, de 27 de abril, FJ 3 (FJ 8).

En atención a estos criterios jurisprudenciales, la citada STC 104/2014 concluye que si bien no cabe apreciar un trato discriminatorio por razones ideológicas, de tendencia u opinión (FJ 7); sin embargo, sí se había producido una violación del principio general de igualdad del art. 14 CE, al verificarse que se había excluido de la inserción de publicidad institucional a un medio de comunicación particularmente relevante en función de su implantación y audiencia, sin justificación administrativa que objetivara dicha decisión de conformidad con la pluralidad de elementos concurrentes y los criterios establecidos legalmente; destacando que no resulta razonable “calificar un precio como superior sin efectuar una medición económica ligada a la audiencia y repercusión social o al índice de impacto del medio. Que un precio sea superior en términos de gasto por cuña no significa que lo sea en términos de proporcionalidad del gasto, como tampoco implica que sea abusivo, cuando no existe una unificación de los costes” (FJ 8).»

3. En atención a lo expuesto, y tal y como también interesa el Ministerio Fiscal, debe acordarse que el Ayuntamiento de Almazora, con la vía de hecho consistente en excluir de su publicidad institucional a la entidad demandante de amparo, ha vulnerado su derecho a la igualdad (art. 14 CE), en relación con el derecho a la libertad de información [art. 20.1 d) CE].

En efecto, tal y como ya fue razonado en la citada STC 104/2014, FJ 8, dada la relevante posición del medio de comunicación demandante de amparo, derivada de su

implantación y audiencia en la Provincia de Castellón, y constatado que, tras requerir la recurrente al Ayuntamiento de Almazora para que cesara en el hecho de no haber suscrito con ella ningún tipo de contratación de publicidad institucional, éste no contestara a dicho requerimiento sin aportar, por tanto, inicialmente ninguna explicación que justificara su total exclusión de cualquier contrato de publicidad institucional, «no cabe considerar como un argumento razonable y justificativo de esa diferencia de trato el sustentado en la resolución judicial impugnada referido a las más altas tarifas de la recurrente. A ese respecto la STC 104/2014, afirma que “ni hay consideración sobre el hecho de que las más altas tarifas pudieran eventualmente estar motivadas por la mayor difusión del medio líder en audiencia. Ni se aporta tampoco objeción fundada en la incompatibilidad de Radio Castellón, S.A., con la dignidad de la corporación local; menos aún de que por su titularidad, ideario o contenido pudiera quedar vinculado con posiciones o actividades que lesionen o apoyen la violación de los valores constitucionales o los derechos humanos o promuevan o induzcan a la violencia, el racismo u otros comportamientos contrarios a la dignidad humana, como apunta el art. 6 de la Ley autonómica 7/2003 antes citada; ni argumentos fundados en las características de las campañas publicitarias, en los destinatarios de la publicidad, el ámbito e implantación territorial y social del medio, la lengua empleada por éste o la rentabilidad económica de la inversión en función del impacto. Tampoco ha sido razonado por qué el precio superior excluye por completo la inserción de publicidad, en lugar de simplemente limitar o reducir la contratación con esa cadena. Y, por lo demás, la Administración ni siquiera intenta justificar el carácter abusivo de los precios de Radio Castellón, S.A.; concepto aquél, por indeterminado que sea, al que se refiere la normativa autonómica citada, y que sin duda, tras la debida especificación por la Corporación local, podría condicionar su actuación y decisiones de gasto” (FJ 8)» (STC 130/2014, FJ 5).

Así, «concluye, por un lado, que “sólo se ofrece una motivación apodíctica, careciendo de razonable fundamentación calificar un precio como superior sin efectuar una medición económica ligada a la audiencia y repercusión social o al índice de impacto del medio. Que un precio sea superior en términos de gasto por cuña no significa que lo sea en términos de proporcionalidad del gasto, como tampoco implica que sea abusivo, cuando no existe una unificación de los costes” (FJ 8) y, por otro que “no está justificada la eliminación de Radio Castellón S.A. del reparto equitativo de la publicidad institucional. Con ese trato desigual, el Ayuntamiento, sin razones aptas conocidas, limita a una parte muy representativa de ciudadanos la información que aquel ente público considera necesario transmitir, y a la recurrente sus fuentes previsibles de financiación, con los efectos aparejados ya descritos ex art. 20 CE” (FJ 8)» (STC 130/2014, FJ 5).

4. La estimación del recurso de amparo por la lesión del derecho a la igualdad que supuso la vía de hecho del Ayuntamiento de Almazora debe provocar, sin necesidad de entrar a conocer sobre el resto de los derechos invocados, la nulidad de la actuación administrativa que supuso la exclusión de Radio Castellón, S.A., de las campañas publicitarias, así como la de las resoluciones judiciales que la confirmaron. Igualmente, y en los términos también expuestos en la STC 104/2014, FJ 9, hay que acordar la retroacción de las actuaciones a la vía judicial para que se disponga la reparación pertinente en congruencia con las peticiones del recurso contencioso-administrativo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por Radio Castellón, S.A., y, en su virtud:

1.º Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la igualdad ante la ley (art. 14 CE), en relación con la libertad de información [art. 20.1 d) CE].

2.º Restablecerle en su derecho y, en consecuencia, declarar nula la exclusión de la recurrente de las campañas de publicidad institucional del Ayuntamiento de Almazora en el período temporal precisado en el proceso contencioso-administrativo, así como, la Sentencia de 20 de junio de 2012 y la providencia de 21 de septiembre de 2012 dictadas por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en rollo de apelación núm. 571-2011; y la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Castellón de 18 de abril de 2011 en el procedimiento de protección de derechos fundamentales núm. 1148-2009.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la primera de las citadas resoluciones judiciales para que el órgano judicial dicte una resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintidós de septiembre de dos mil catorce.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Firmado y rubricado.