

## Suplemento

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**11056** *Sala Primera. Sentencia 160/2014, de 6 de octubre de 2014. Recurso de amparo 2477-2013. 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, desestimatorias de su demanda de protección de derechos fundamentales frente a la asignación de publicidad institucional por el Ayuntamiento de Burriana. Vulneración del derecho a la igualdad ante la ley en relación con el derecho a la libertad de información: 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 (STC 104/2014).*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, doña Encarnación Roca Trías, 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. 2477-2013, promovido por Radio Castellón S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Francisco Miguel Velasco Muñoz-Cuellar y asistido por el Letrado don Eduardo Aznar Giner, contra la providencia de 20 de marzo de 2013 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que inadmitió el incidente de nulidad planteado contra la Sentencia del mismo Tribunal de 19 de diciembre de 2012, contra la que también se acude en amparo, así como frente a la vía de hecho del Ayuntamiento de Burriana. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha comparecido la Procuradora doña Isabel Soberon García de Enterría en nombre y representación del Ayuntamiento de Burriana. Ha sido Ponente el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. Antecedentes

1. El Procurador de los Tribunales don Francisco Velasco Muñoz-Cuellar, en nombre y representación de Radio Castellón, S.A., y bajo la dirección del Letrado don Eduardo Aznar Giner, interpuso demanda de amparo contra las resoluciones judiciales y la vía de hecho administrativa que se mencionan en el encabezamiento de esta Sentencia, mediante escrito registrado en este Tribunal el 24 de abril de 2013.

2. La demanda de amparo tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) La demandante de amparo remitió al Ayuntamiento de Burriana, mediante escrito de 10 de noviembre de 2009, un requerimiento en el que hacía constar que no había sido receptora de ninguna campaña publicitaria institucional en cinco años por parte de ese Ayuntamiento a pesar de mantenerse como líder de audiencia en el ámbito territorial de Castellón, solicitando el cese inmediato de esta exclusión discriminatoria así como el

reconocimiento de los daños patrimoniales que esta circunstancia estaba ocasionando. Este requerimiento no fue objeto de respuesta por parte del Ayuntamiento de Burriana.

b) La demandante de amparo interpuso recurso contencioso-administrativo por los trámites del procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales denunciando esta vía de hecho, dando lugar al procedimiento núm. 1150-2009 que fue tramitado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Castellón.

En el escrito de formalización de la demanda la recurrente en amparo alegaba (i) que era titular de diversas emisoras de radio con difusión en el ámbito de la provincia de Castellón y asociadas a la cadena SER y sus correlativas radiofórmulas que se difunden en régimen de cadena con las pertinentes desconexiones locales para la emisión de programación y la correspondiente publicidad local; (ii) que la cadena SER y sus radiofórmulas ostentan, según se acredita —mediante certificado del Estudio General de Medios— la condición de líderes de audiencia a nivel nacional y en la provincia de Castellón; (iii) que la demandante ofrece espacios para la publicidad a las tarifas de mercado acordes a su posición de liderazgo y repercusión mediática y análogas a los de la competencia directa, cadena COPE y Onda Cero; (iv) que la Administración demandada no le ha asignado ninguna campaña de publicidad institucional; (v) que las adjudicaciones de publicidad institucional al no superar individualmente la cifra mínima necesaria para someterse a los procedimientos ordinarios de contratación quedan en un amplio margen de discrecionalidad; (vi) que la Administración demandada le ha apartado sistemáticamente de su contratación, lo que evidencia 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; (vii) 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; (viii) que el Ayuntamiento no ha manifestado ningún criterio objetivo justificativo de esos hechos con ocasión del requerimiento fehaciente efectuado en noviembre de 2009, y (ix) 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 las actuaciones de las Administraciones públicas, como los de imparcialidad, arbitrariedad y legalidad.

En atención a ello suplicaba (i) que se declare la vulneración del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE) y el derecho a la libertad de opinión y expresión (art. 20 CE); (ii) se declare la nulidad de la vía de hecho en la asignación discriminatoria de la publicidad institucional; (iii) el cese de la misma, y (iv) una reparación económica, equivalente al 80 por 100 de las contrataciones de publicidad institucional en medio radiofónico que la demandada hubiera asignado al medio radiofónico que obtuvo la mayor distribución desde el año 2004.

El recurso fue inadmitido por Sentencia de 22 de junio de 2011, al considerar que la acción había caducado por transcurso del plazo máximo previsto en el art. 46.3 *in fine* de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, desde que se inició la vía de hecho o se tuvo conocimiento de su inicio.

c) La entidad demandante de amparo interpuso recurso de apelación, tramitado con el núm. 654-2011 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que fue parcialmente estimado por Sentencia de 19 de diciembre de 2012.

La Sentencia argumenta que la vía de hecho impugnada era de carácter continuado por lo que debe ser rechazada la causa de inadmisión apreciada en la instancia y es procedente analizar la cuestión de fondo suscitada. En relación con ello, aborda la invocación del art. 14 CE desde el prisma del principio general de igualdad, argumentando (i) que el Tribunal Supremo afirma que el concepto «publicidad institucional» es lo suficientemente amplio como para comprender todo acto de contratación publicitaria que sea satisfecho por un ente o institución pública, cuyo objeto sea dar conocimiento de sus

actividades con una vocación de difusión general, manifestada generalmente en su inclusión en más de un medio de comunicación, y (ii) que el volumen de audiencia en la radiodifusión no es un dato caprichoso, arbitrario o irrelevante para dirimir la asignación de contratos de publicidad institucional, sino que, al contrario, responde a criterios y juicios de valor generalmente aceptados y consagrados constitucionalmente. Sin embargo, concluye que la vulneración constitucional 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 últimos años 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.

d) La entidad demandante de amparo formuló incidente de nulidad de actuaciones por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE). Fundamenta la lesión del art. 24.1 CE, de una parte, en no aplicar la doctrina constitucional en materia de distribución de la carga de la prueba cuando concurren indicios de discriminación; y de otra, en la arbitrariedad que supone no haber expuesto las razones del cambio de criterio con 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. La lesión del art. 14 CE la fundamenta en que el mero razonamiento vinculado a las tarifas resulta contrario al principio de igualdad al no ponderar otros factores relevantes como son la repercusión social de los medios, que son criterios establecidos en el art. 7 de la Ley valenciana 7/2003.

El incidente fue inadmitido por providencia de 20 de marzo de 2012 argumentando que las alegaciones no se corresponden «con el contenido de la sentencia de instancia y los términos del debate procesal».

3. La entidad demandante alega, en primer lugar, que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al haber incurrido el órgano judicial de apelación en incongruencia *extra petita*, ya que en ningún caso fue objeto de debate la cuestión referida a la eventual relevancia de la diferente tarificación publicitaria, lo que le ha impedido establecer un debate contradictorio sobre el particular. Además se queja de que las resoluciones judiciales no son razonables e incurrir en arbitrariedad.

En la demanda también se invoca el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) con fundamento en que la resolución judicial impugnada no ha respetado las reglas sobre carga probatoria en los casos en que se alega trato discriminatorio, que deberían haber determinado que fuera la Administración demandada, ante el panorama discriminatorio descrito, la que asumiera la carga de justificar la regularidad de sus actos.

Una tercera invocación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se fundamenta en que el órgano judicial de apelación se ha apartado de manera inmotivada del criterio sustentando en su previa Sentencia de 12 de marzo de 2012 en un caso sustancialmente idéntico en que sí se estimó el recurso y se anuló la vía de hecho de la administración que en aquel caso fue demandada.

La entidad demandante aduce, como último motivo de amparo, la vulneración del derecho a la igualdad y prohibición de la discriminación (art. 14 CE) y del derecho a la libertad de información (art. 20 CE). Afirma que el único argumento para desestimar su recurso es la existencia del término de comparación relativo a si concurren tarifas superiores al mercado y que este razonamiento no es compatible con la Constitución porque supone que debería asignarse la publicidad institucional a las emisoras más baratas, con independencia de su repercusión social en función de audiencia y prestigio; porque las «tarifas de mercado» no pueden excluir a quien en el «mercado» es el líder de audiencias y prestigio informativo, situando fuera de mercado a quien más audiencia

tiene, más cuñas comerciales emite y más factura; y porque, finalmente, 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, examinando a partir de ellos su proporcionalidad y razonabilidad, sin que pueda resultar preponderante y excluyente, en el ámbito de la publicidad institucional, el criterio del precio de contratación.

En relación con ello, en la demanda se expone que el criterio de ponderación y proporcionalidad aplicable al caso es el establecido en el art. 7 de la Ley 7/2003, de 20 de marzo, de publicidad institucional de la Comunidad Valenciana, que establece una valoración conjunta de todos los elementos relevantes en la asignación publicitaria, como son: 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 y, no sólo, por tanto, el coste de las inserciones publicitarias. El único límite en relación con el precio, según esa normativa, es que este sea abusivo, esto es, que no guarde proporción con la regulación normal del mercado y esa ponderación no ha sido efectuada, como demuestra que no exista prueba alguna de precio abusivo ni de que los precios de Radio Castellón, S.A., sean desproporcionados al mercado. De todo ello concluye que, a los efectos del derecho a la igualdad, «la proporcionalidad y adecuación de la medida enjuiciada (eliminar, hasta cero, la asignación publicitaria), quiebran racionalmente cuando su única ‘justificación’ es el ‘precio’ sin haberse calificado —ni por la demandada ni por la Sentencia— como abusivas tales tarifas». La entidad demandante justifica que el recurso tiene especial transcendencia constitucional destacando, entre otros aspectos, que la cuestión planteada, referida a la asignación de fondos públicos de publicidad institucional a medios de comunicación, no ha sido objeto de ningún pronunciamiento constitucional y es susceptible de repercusión para toda la sociedad habida cuenta de que afecta a la adecuada utilización del erario público, la independencia de los medios de comunicación y al derecho de los ciudadanos a recibir información institucional sin discriminación ideológica.

4. La Sala Primera de este Tribunal, por providencia de 21 de octubre de 2013, acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), requerir a los órganos judiciales la remisión del testimonio de las actuaciones y el emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción del recurrente, para que pudiesen comparecer en el plazo de diez días en el proceso de amparo.

5. La Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal, por diligencias de ordenación de 11 de diciembre de 2013 y de 8 de enero de 2014, respectivamente, tuvo por personada y parte a la Procuradora doña Isabel Soberon García de Enterría en nombre y representación del Ayuntamiento de Burriana y tuvo por recibido el testimonio de las actuaciones; asimismo, acordó dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las partes personadas por plazo común de veinte días para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, de conformidad con el art. 52 LOTC.

6. La entidad recurrente, en escrito registrado el 7 de febrero de 2014, presentó sus alegaciones, ratificándose en su escrito de demanda.

7. La parte comparecida, mediante escrito registrado el 12 de febrero de 2014, formuló sus alegaciones, solicitando la inadmisión del recurso de amparo y, subsidiariamente, su denegación.

En primer lugar considera que a tenor de lo dispuesto en el art. 50.1 a) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional en relación con el art. 43.2 de la misma, concurre causa de inadmisibilidad del recurso al haber sido interpuesto de forma extemporánea. Entiende que el improcedente incidente de nulidad planteado frente a la Sentencia de 19 de diciembre 2012, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, no evita tal extemporaneidad, ya que la interposición del incidente de nulidad de actuaciones no es una causa de suspensión del plazo de interposición del recurso de amparo, sino que, de conformidad con reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, el

plazo para la interposición del recurso de amparo es un plazo de caducidad, improrrogable, y que no puede quedar al arbitrio de las partes, por lo que la interposición de un incidente de nulidad de actuaciones improcedente, con una finalidad dilatoria del procedimiento, no puede provocar el alargamiento o suspensión del plazo para recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional.

Asimismo, estima que el recurso carece de especial trascendencia constitucional y, además, la parte recurrente no ha justificado adecuadamente tal requisito, incurriendo además en desviación procesal.

En cuanto al fondo niega que existan las lesiones aducidas; ni las vulneraciones del art. 24 CE ni las relativas al principio de igualdad en relación con el art. 20 CE, tiene verosimilitud para el Ayuntamiento.

No puede apreciarse la existencia de incongruencia *extra petita*, ni cualquier otra vulneración del art. 24.1 CE. Igualmente, pone de manifiesto que tampoco cabe apreciar la alegada arbitrariedad por apartamiento inmotivado de la jurisprudencia de la Sentencia de 12 de marzo de 2012 acordada por el mismo órgano judicial, ya que aquélla se refería a un procedimiento diferente. Por último, se afirma que no se ha vulnerado el principio de igualdad (art. 14 CE), en relación con el derecho a la libertad de expresión e información (art. 20 CE), pues la posición de liderazgo en la audiencia —hecho no acreditado por la recurrente según el Ayuntamiento— no es un criterio absoluto y el art. 7 de la Ley valenciana 7/2003 establece unos criterios amplios de asignación publicitaria que no están sólo vinculados a dicha posición de liderazgo.

En definitiva, a su juicio, ha quedado perfectamente acreditado el pleno respeto por parte del Ayuntamiento compareciente de los derechos fundamentales de la mercantil recurrente. En absoluto se ha acreditado ningún tipo de infracción, sin que meras divagaciones, aludiendo a líneas editoriales, puedan ser base suficiente para un pronunciamiento al respecto por parte del máximo intérprete de la Constitución Española.

8. El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 21 de febrero de 2014, interesa que se otorgue el amparo por la vulneración del derecho a la no discriminación (art. 14) por parte del Ayuntamiento de Burriana y que se anulen las resoluciones impugnadas. Subsidiariamente, interesa que lo que se declare vulnerado sea el derecho a la igualdad de trato (art. 14) con los mismos efectos anulatorios. Subsidiariamente, interesa que se declare vulnerado el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación (art. 14 CE) por las resoluciones judiciales, con los mismos efectos anulatorios. Y, subsidiariamente, interesa se declare vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en derecho con proscripción de la arbitrariedad, con los mismos efectos anulatorios y retroacción de anulaciones al momento anterior a que se acordara la Sentencia de apelación para que se produzca un nuevo pronunciamiento respetuoso con el derecho fundamental reconocido.

El Ministerio Fiscal expone que el recurso de amparo es de los denominados «mixtos», pues se dirige (i) contra actuaciones de la Administración pública supuestamente vulneradoras de los arts. 14 y 20 CE, no reparadas en la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 43.1 LOTC), y (ii) contra las resoluciones judiciales alegando lesiones autónomas del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) cometidas en el proceso contencioso-administrativo (art. 44 LOTC). En atención a ello, afirma que el análisis de estas invocaciones debe comenzar por las referidas a la actuación de la Administración, que tienen un carácter autónomo y preferente a las lesiones imputadas a la actuación de los órganos judiciales.

El Ministerio Fiscal pone de manifiesto, respecto de la invocación del art. 14 CE, que la entidad 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, sosteniendo que la falta de contratación de publicidad institucional es debida a la línea editorial de la cadena SER. Entiende que ha quedado acreditado que el Ayuntamiento de Burriana no ha contratado publicidad institucional con la empresa demandante desde el año 2004 hasta el año 2010 y que otras emisoras sí han sido beneficiadas con tal tipo de publicidad en dicho periodo y

que la empresa demandante aunque reconoce que sus tarifas pueden ser más elevadas justifica tal diferencia por tener unos niveles de audiencia también muy diferentes. El Ministerio Fiscal concluye que la diferencia de trato resulta evidente porque ha habido un incumplimiento de las directrices marcadas por la Ley 7/2003, de 20 de marzo, de publicidad institucional de la Comunidad Valenciana, especialmente los arts. 4 («[I]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 («[I]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 («[I]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»).

El Ministerio Fiscal sostiene que la invocación del art. 24.1 CE, con fundamento en que se han lesionado las reglas que rigen la carga de la prueba, debe ser reconducida a una eventual infracción del derecho a la igualdad (art. 14 CE), en que también habría incurrido la Sentencia de apelación, ya que (i) no consideró que la cuestión planteada estaba mejor residenciada en la prohibición de discriminación con las consecuencias sobre carga probatoria ya señaladas, y (ii) no ponderó circunstancias relevantes como eran que no se había dado contestación al requerimiento efectuado o que solo se justificara su conducta en que la contratación se efectuaba con emisoras radicadas en el término municipal, a pesar de que tuviera más audiencia, centrándose únicamente en la variable de la cuantía de las tasas publicitarias con infracción del art. 7.2 de la Ley 7/2003.

También considera que la resolución judicial impugnada ha vulnerado el art. 24.1 CE, ya que, a pesar de que se trataba de supuestos en que se planteaban cuestiones sustancialmente idénticas, el mismo órgano judicial se ha apartado de una manera inmotivada del criterio anteriormente sostenido en su Sentencia de 12 de marzo de 2012 en que se acordó declarar nula la vía de hecho. Por último, el Ministerio Fiscal descarta que concurra la vulneración aducida del art. 24.1 CE por incongruencia *extra petita*, ya que fue la propia entidad demandante la que introdujo en el debate procesal la cuestión relativa a la comparación de las tarifas publicitarias con emisoras de la competencia.

9. Por providencia de 2 de octubre de 2014 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 6 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 Burriana, 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 de los órganos judiciales, 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. Las causas de inadmisión alegadas por el Ayuntamiento de Burriana deben ser rechazadas.

En cuanto a la extemporaneidad del recurso de amparo hemos de señalar que es doctrina pacífica, por todas STC 68/2014, de 5 de mayo, FJ 2, que la indebida prolongación de la vía judicial previa por causa de la interposición de un recurso no autorizado por la Ley puede ocasionar la extemporaneidad del recurso de amparo por prórroga indebida del plazo establecido en el art. 44.2 LOTC. Pero para que dicha consecuencia se produzca, este Tribunal ha venido exigiendo que la improcedencia del recurso sea evidente, esto es, comprobable *prima facie* sin intervención de dudas interpretativas que sea necesario despejar por medio de criterios no absolutamente indiscutibles, ya que el respeto debido al derecho de la parte a utilizar cuantos recursos considere útiles para la defensa de sus intereses impide exigirle que se abstenga de emplear aquellos cuya improcedencia sea razonablemente dudosa y, en consecuencia, que asuma el riesgo de incurrir en una falta de agotamiento de la vía judicial previa (entre otras muchas, STC 135/2007, de 4 de junio, FJ 4, y las que en ella se citan). A la vista de las alegaciones formuladas por la parte recurrente en su escrito planteando el incidente de nulidad frente a la Sentencia dictada en apelación, debe concluirse que, con independencia del resultado obtenido y del mayor o menor acierto en su interposición, dicho incidente de nulidad no puede calificarse de manifiestamente improcedente puesto que en él se alegan lesiones de derechos fundamentales imputadas a la Sentencia y que, en principio, podrían haber sido reparadas. Por tanto, debe rechazarse el óbice procesal planteado.

La alegación de la carencia de especial trascendencia constitucional tampoco puede ser aceptada. Al ser un requisito material de admisibilidad, el momento procesal idóneo para el análisis de su cumplimiento es el trámite de admisión de la demanda de amparo (STC 191/2013, de 18 de noviembre, FJ 2). En cualquier caso, este Tribunal afirmó en la STC 155/2009, de 25 de junio, que entre el elenco de supuestos en que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional están aquellos en que se «plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional» (FJ 2). Esta es la circunstancia que concurría en este caso cuando se admitió a trámite el presente recurso de amparo en relación con la eventual incidencia que sobre el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación (art. 14 CE) pudiera tener la selección de medios de comunicación en la contratación de publicidad institucional por parte de las Administraciones públicas.

3. 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 recientes pronunciamientos en la SSTC 104/2014, de 23 de junio y 130/2014, de 21 de julio, con motivo del recurso de amparo también interpuesto por Radio Castellón, S.A., en aquellos casos en relación con el Ayuntamiento de Castellón de la Plana y el Ayuntamiento de Vila-real.

En dichas Sentencias se estableció una doctrina constitucional que puede resumirse en las siguientes ideas: (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. (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 sólo 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. 4 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.

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).

4. Los hechos relevantes que han dado lugar al presente procedimiento de amparo, como se ha expuesto más ampliamente en los antecedentes, son similares a los que dieron lugar las Sentencias antes señaladas: (i) la entidad demandante requirió al Ayuntamiento de Burriana para que cesara en el hecho de no haber suscrito con ella ningún tipo de contratación de publicidad institucional a pesar de mantener el liderazgo de audiencia en el ámbito territorial de Castellón; (ii) el Ayuntamiento no contestó a dicho requerimiento; (iii) impugnada dicha actuación en la vía contenciosa-administrativa, la Sentencia de apelación consideró que no había una vulneración del derecho a la igualdad toda vez que no aportó un término de comparación válido pues si bien no se ha producido la contratación de publicidad, a pesar de que quedó acreditada la existencia de una mayor audiencia en relación con otras emisoras en la provincia de Castellón, sus tarifas son notablemente superiores a las del mercado.



5. En atención a lo expuesto, y tal como también interesa el Ministerio Fiscal, en aplicación de la doctrina contenida en la STC 104/2014, debe acordarse que el Ayuntamiento de Burriana, 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) LOTC].

Tal como ya fue razonado en la citada Sentencia, una vez constatado –así se reconoce en la Sentencia impugnada– que la entidad demandante de amparo contaba con una notable audiencia radiofónica en el territorio de referencia y que no se aportó 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 afirmaba 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).

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).

6. La estimación del recurso de amparo por la lesión del derecho a la igualdad que supuso la vía de hecho del Ayuntamiento de Burriana 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 Burriana en el período temporal precisado en el proceso contencioso-administrativo, así como, la providencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 20 de marzo de 2013 y la Sentencia de 19 de diciembre, en el rollo de apelación núm. 654-2011; y Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Castellón de 22 de junio de 2011 en el procedimiento de protección de derechos fundamentales núm. 1150-2009.

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 seis de octubre 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.