

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

7785 *Sala Segunda. Sentencia 104/2014, de 23 de junio de 2014. Recurso de amparo 6050-2012. 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 desestimatorias de su demanda de protección de derechos fundamentales frente a la asignación de publicidad institucional por el Ayuntamiento de Castellón de la Plana. 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. Voto particular.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Adela Asua Batarrita, Presidenta; don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Pedro José González-Trevijano Sánchez y don Ricardo Enríquez Sancho, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 6050-2012, 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, que inadmitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones formulado frente a la Sentencia de la misma Sala, núm. 257/2012, de 22 de mayo, desestimatoria del recurso de apelación que impugnaba la Sentencia de 22 de junio de 2011 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Castellón, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 1149-2009, así como frente a la vía de hecho del Ayuntamiento de Castellón de la Plana que originó el antedicho recurso para la protección de derechos fundamentales. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y ha comparecido el Procurador don Adolfo Morales Hernández-Sanjuán, en nombre y representación del Ayuntamiento de Castellón de la Plana. Ha sido Ponente el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 26 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 y la vía de hecho del Ayuntamiento de Castellón de la Plana mencionadas en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda 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

denunciando la inactividad de la Administración local demandada frente al requerimiento formulado por medio de escrito de 10 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 23 de febrero 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 a la Administración demandada (Ayuntamiento de Castellón de la Plana) le constaba –dato que procedía a acreditar mediante certificado del «Estudio general de medios»– que la cadena SER y sus radio-fórmulas contaban con la condición de líderes de audiencia en el ámbito territorial de referencia; iii) que la demandante ofrece precios que son acordes a su posición de liderazgo y repercusión mediática, y en todo caso análogos a los de la competencia, cadena COPE y Onda Cero; iv) que la Administración demandada, pese a lo anterior, la excluyó por completo de toda asignación de campañas de publicidad institucional desde el día 2 de abril de 2008; 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 prescinda 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 en noviembre de 2009; viii) 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; y ix) su demanda daba cuenta, asimismo, del contraste de cuantías percibidas por Radio Castellón, S.A., en los distintos ejercicios: 82.822,99 euros de media anual entre los años 2004 y 2007; 17.400 euros en 2008 y cero euros de asignación presupuestaria en 2009.

Con base en todo lo expuesto, suplicaba la declaración de vulneración de aquellos derechos fundamentales, 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 en medio radiofónico que la demandada hubiera asignado al medio radiofónico que obtuvo la mayor distribución en el periodo 2008-2009).

El Ministerio Fiscal solicitó que se dictara Sentencia conforme a lo que quedara acreditado tras la práctica de la prueba. El Ayuntamiento de Castellón de la Plana, por su parte, se opuso a la demanda aduciendo: i) que la contratación de la publicidad institucional en el Ayuntamiento de Castellón de la Plana respondió a los principios de la Ley 7/2003, de 20 de marzo, de publicidad institucional de la Comunidad Valenciana, y a los de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional; ii) que se procuró optimizar los recursos públicos sin perder impacto mediático y obteniendo la difusión necesaria para mantener informada a la ciudadanía; iii) que la demandante presenta los precios tarifarios de publicidad más caros del mercado radiofónico de la ciudad por unidad de cuña publicitaria en los horarios en que la inserción de campañas llega a la máxima audiencia, de suerte que, para equiparar presupuestos, la única posibilidad era contratar anuncios en horarios de baja audiencia, perdiéndose el impacto perseguido; iv) que la actuación del Ayuntamiento revela un legítimo ejercicio de la discrecionalidad administrativa con el fin de obtener la mayor satisfacción de los intereses

generales, a los que debe servirse con preferencia según el art. 103.1 CE, y con el de lograr la máxima eficacia; v) que la demandante pretende comparar circunstancias que no admiten contraste, puesto que, pese a tener más audiencia, ésta no se consigue en todas las franjas horarias y sus tarifas son mucho más elevadas que las del resto de medios de comunicación radiofónicos (casi el doble respecto de Onda Cero y el triple respecto de la cadena COPE), por lo que no habría identidad de los supuestos fácticos ni, por consiguiente, un problema de igualdad de trato ex art. 14 CE.

La Sentencia de 22 de junio de 2011, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Castellón, razonando acerca de los plazos de impugnación de la vía de hecho, subrayaba que la recurrente no dedicó un solo fundamento a argumentar por qué motivo demoró hasta el año 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 10 de noviembre de 2004, como tampoco a aclarar su falta de conocimiento de la presunta situación de discriminación hasta el año 2009. Con base en esos elementos, para desembocar finalmente en la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, concluía: «aun cuando se considerara, acudiendo a 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, resulta obvio el transcurso del plazo máximo previsto en el art. 46.3 *in fine* LRJCA [Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa], desde que se inició la vía de hecho, o se tuvo conocimiento de su inicio. Pero es más, examinado el expediente, repara la parte en que no es cierto lo sostenido por ella en su requerimiento, sino que efectivamente le ha sido distribuida publicidad institucional en el periodo, y modifica su pretensión para circunscribirla al periodo 2008-2009, incurriendo en desviación procesal. 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».

b) 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 22 de mayo de 2012.

A juicio de la Sala, no podía acogerse la causa de inadmisibilidad apreciada en la instancia, pues no es de recibo 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. Esto es, 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. En consecuencia, considera tempestivo el recurso.

Rechazada la causa de inadmisibilidad fundada en la extemporánea reclamación, hace lo propio con la objeción de desviación procesal apreciada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Castellón, pues ese vicio, a criterio de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, no se manifiesta por la sobrevenida reducción en la demanda rectora del proceso del periodo de discriminación denunciado.

Entrando en el examen de la cuestión de fondo, suscitada al amparo del art. 14 CE, la Sentencia de apelación aborda el juicio desde el prisma del principio general de igualdad (primer inciso del art. 14 CE). Invocando la doctrina del Tribunal Supremo sobre el concepto de «publicidad institucional», afirma que 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. Asimismo, argumenta 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, antes al contrario, el mismo responde a criterios y juicios de valor generalmente aceptados y consagrados constitucionalmente. Llegados a ese

punto, sin embargo, declara 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 2008 y 2009, periodo al que la actora concreta su reclamación, se ha producido una disminución apreciable en 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».

A tenor de esa motivación, según aclaró posteriormente en Auto de 17 de julio de 2012, la Sala estima parcialmente el recurso de apelación, revocando la Sentencia de 22 de junio de 2011 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Castellón «en cuanto a la causa de inadmisibilidad que declara», pero desestimando el recurso contencioso-administrativo por los motivos de fondo reseñados en su fundamentación jurídica, que vienen de reproducirse.

La Sentencia cuenta con un Voto particular discrepante en el que se sostiene, ante la falta de justificación por la Administración de diversos extremos (señaladamente, que esa diferencia de precios evidencie que el nivel de impacto y/u otros criterios técnicos, de índole objetivo, habrían quedado dañados con la inserción de publicidad institucional en medios radiofónicos propiedad de Radio Castellón, S.A.), que debió revocarse la Sentencia de 22 de junio de 2011, declarándose que el Ayuntamiento de Castellón de la Plana transgredió el derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE), dentro del ámbito de la asignación de publicidad institucional, al tratar a Radio Castellón, S.A., de un modo discriminatorio durante la integridad del año 2009, frente al comportamiento desplegado por dicho ente público con otros medios de comunicación.

c) 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 22 de mayo de 2012, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE). La lesión del primer derecho fundamental mencionado se fundamentaba (art. 24.1 CE), de una parte, por la irrazonabilidad del argumento nuclear de la Sentencia, ya que daba validez a que una misma emisora líder de audiencias, y que venía eligiéndose como destinataria ininterrumpida de la publicidad institucional al menos desde 2004 a 2008, con su mismo rango de precios, pasase a no ser destinataria de publicidad municipal en razón de sus costes de contratación; de otra parte, por no aplicar la Sala la doctrina constitucional en materia de distribución de la carga de la prueba cuando concurren indicios de discriminación, visto que el Ayuntamiento demandado nada adujo para desvirtuar los aportados por Radio Castellón, S.A., manteniendo silencio al respecto, asimismo, la resolución judicial; y, finalmente, por incoherencia interna de la Sentencia de apelación, toda vez que el fallo revocaba la decisión de inadmisibilidad de la sentencia de instancia pero, al mismo tiempo, decía confirmar la Sentencia apelada. Discrepaba, por lo demás, del juicio de fondo realizado por la Sala ex art. 14 CE.

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. De cualquier modo, como se dijo, por Auto de 17 de julio de 2012 se había procedido a aclarar el fallo, evitando la incoherencia indicada.

3. Según afirma la demanda de amparo, se somete a debate la arbitrariedad de los poderes públicos en la asignación de los fondos públicos de publicidad institucional a

medios de comunicación, dado que existe un riesgo de que una aplicación laxa en la adjudicación publicitaria premie o castigue líneas editoriales, lo cual expresaría una vulneración del principio constitucional de igualdad y de los derechos a la libertad de expresión e información [arts. 14 y 20.1 a) y d) CE]. A su criterio, la asignación de decenas de miles de euros a otros medios de comunicación (Onda Cero y cadena COPE), con total exclusión de la cadena SER, debe contar con una justificación de la Administración otorgante a fin de evitar lo que supondría cualquier ciudadano mínimamente informado sobre las tendencias informativas de los grandes medios radiofónicos, máxime cuando la demandante es el líder de audiencias en la provincia de Castellón.

Destaca asimismo otros elementos que están comprometidos en el caso, ligados a aquellos derechos fundamentales que invoca: la adecuada utilización del erario público, la independencia de los medios de comunicación y el derecho de todos los ciudadanos, sigan la tendencia ideológica que fuere, a recibir información de sus instituciones públicas, incluso si no piensan como quien ostente el poder en cada mandato. Vincula su demanda de amparo, por ello, con «el principio de igualdad en relación con el reparto de la publicidad institucional, y su derivación respecto del condicionamiento indirecto de los medios de comunicación», con cita de los arts. 14 y 20 CE.

En relación con ello se opone el recurso al argumento ofrecido para desestimar la pretensión en el proceso *a quo*, circunscrito a las tarifas de contratación. Tal razonamiento, a juicio de la demandante, 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.

El recurso invoca 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, a saber: 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 éste 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.

Dar importancia exclusivamente a que el precio sea superior, a mayor abundamiento, supondría excluir de la publicidad institucional cualquier evento deportivo, social, etc., de máxima audiencia, donde las reglas del mercado conducen a que se facturen tarifas superiores a las reclamadas en esa franja por otras cadenas, o a las de la misma cadena en distinto día u horario. De cualquier modo, añade más tarde, podría ser razonable reducir o modificar por razón del precio las cuñas publicitarias, pero no tiene explicación alguna la exclusión absoluta de toda asignación publicitaria, máxime cuando hasta entonces, en ejercicios anteriores, el medio de comunicación recurrente resultaba idóneo, sin haberse calificado –ni por la demandada ni por la Sentencia de apelación– como abusivas sus tarifas.

En la demanda de amparo se reiteran, por otro lado, las denuncias de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que se articularon en el incidente de nulidad de actuaciones. En primer lugar, la irrazonabilidad del argumento nuclear de la Sentencia, ya que da validez a que una misma emisora líder de audiencias, y que venía eligiéndose como destinataria ininterrumpida de la publicidad institucional al menos

desde 2004 a 2008, con su mismo rango de precios, pase a no ser destinataria de publicidad municipal en razón de sus costes de contratación. Un cambio de criterio que no se ha dado con el resto de las emisoras, y que se produjo sin que la Administración siquiera acreditara un aumento del precio de la contratación de ese servicio. En consecuencia, o bien se estaba dañando ilícitamente al erario público hasta 2008, contratando publicidad con precios fuera de mercado, con las consiguientes responsabilidades de funcionarios y autoridades, o bien el fundamento del cambio de criterio no fue realmente el precio del servicio.

En segundo lugar, por no aplicar la Sala de apelación la doctrina constitucional en materia de distribución de la carga de la prueba cuando se aportan indicios de discriminación. Según la demanda de amparo, se aportaron variados y muy diversos indicios: el incontrovertido liderazgo de audiencia de la cadena SER y sus radio-fórmulas; el incontrovertido descenso radical en la contratación con Radio Castellón, S.A.; la incontrovertida adjudicación publicitaria (1.348.286,19 euros) mediante contratos menores por parte del Ayuntamiento demandado; la incontrovertida falta de expediente o acto administrativo formal (vía de hecho) que justificase el indicado descenso en el encargo publicitario en contraste con el resto de cadenas radiofónicas; y, finalmente, que el Ayuntamiento declarase que en las últimas campañas contratadas de manera directa con la cadena SER se produjeron casos de difusión de información lesiva para las campañas municipales, ofreciéndose datos contrarios a la información difundida.

Frente a todo ello, dice el recurso, el Ayuntamiento no ha probado descensos de audiencia ni de impacto social de la publicidad asignada a Radio Castellón, S.A.; aumentos de precios respecto de las anualidades donde sí procedía a su contratación; procedimientos administrativos o judiciales iniciados frente a la pretendida «información lesiva»; o precios abusivos y desproporcionados para el mercado, de conformidad con lo dispuesto en la legislación aplicable. El conjunto del acervo probatorio conducía, en definitiva, a la razonable sospecha de que la causa de la no contratación residía en elementos discriminatorios, relacionados con la tendencia informativa o política del medio, o incluso con factores de carácter estrictamente personal. A pesar de ello, concluye la demanda de amparo, la Sentencia de apelación no aplicó la doctrina constitucional de la prueba indiciaria, lesionando el art. 24.1 CE.

Junto a todo lo anterior, plasmado ya en el incidente de nulidad de actuaciones, la demanda de amparo aduce adicionalmente la vulneración del art. 24.1 CE desde otro prisma: por arbitrariedad de la resolución judicial, habida cuenta de que, suscitado el mismo debate con idénticos fundamentos y por el mismo recurrente en otro proceso judicial, aunque frente a otra Administración local, la misma Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictó una Sentencia de diferente signo, sin explicitarse en el caso de autos las razones que motivarían el cambio de criterio mantenido en dicho precedente (cita la Sentencia núm. 166/2012).

En atención a todo lo expuesto, la demanda de amparo solicita la nulidad de la actuación impugnada del Ayuntamiento de Castellón de la Plana en el reparto de su publicidad institucional, así como la de las resoluciones judiciales dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en los autos del rollo de apelación núm. 686-2011, 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 Segunda de este Tribunal, por providencia de 4 de junio de 2013, acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo, solicitando la certificación o fotocopia verdadera 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 Adolfo Morales Hernández-Sanjuán, se personó en el proceso de amparo en nombre y representación del Ayuntamiento de

Castellón de la Plana, mediante escrito registrado en este Tribunal el día 26 de junio de 2013. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal, de 12 de julio de 2013, se acordó tener por personado al citado Procurador en la representación que ostenta, así como 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 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), para que pudieran presentar las alegaciones que estimaran pertinentes.

6. La representación procesal de la demandante de amparo se ratificó en la demanda por escrito de 13 de septiembre de 2013.

7. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional evacuó el trámite el día 27 de septiembre de 2013. Subraya que Radio Castellón, S.A., articula un recurso de amparo de los denominados «mixtos», pues se dirige, por una parte, 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 denuncia, por otra, lesiones autónomas cometidas por las resoluciones judiciales recaídas en el proceso contencioso-administrativo (art. 44 LOTC).

Todavía con carácter previo al examen del fondo de las pretensiones, postula la inadmisión del motivo de amparo relativo a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente del derecho a obtener una resolución no arbitraria, ya que tal lesión no fue esgrimida en el incidente de nulidad de actuaciones, por lo que es traída a esta jurisdicción constitucional *per saltum*, sin haber ofrecido al Tribunal sentenciador la posibilidad de reparar la infracción de orden constitucional denunciada en tal motivo, resultando de aplicación el art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 a), de nuestra Ley Orgánica.

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, sobremanera al aludir a que la falta de contratación de publicidad institucional a partir de 2008 es debida a la línea editorial de la cadena SER. A su juicio, sin embargo, desde la perspectiva de la prohibición de discriminación (segundo inciso del art. 14 CE), se echa de menos una justificación administrativa de los siguientes hechos fundamentales: 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 aquella hasta el mes de abril de 2008, por unos importes, por lo demás, en absoluto irrelevantes, y 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.

Si frente a la tesis de la existencia de una conducta discriminatoria por razones de opinión, prosigue su escrito, se optara por examinar la queja de la sociedad demandante de amparo desde el prisma de la vulneración del principio general de igualdad (art. 14 CE, primer inciso), la conclusión no podría, a su parecer, variar. En efecto, ha quedado acreditado que el Ayuntamiento de Castellón de la Plana contrataba con la recurrente publicidad institucional hasta el mes de abril del año 2008 en cuantías relevantes; que desde ese momento no ha ingresado cantidad alguna por ese concepto; y que al menos otras dos emisoras de radio (la cadena COPE y Onda Cero de Castellón) han concertado publicidad institucional desde el mes de abril de 2008 con ese mismo Ayuntamiento. Esto así la diferencia de trato resulta evidente, mientras que el argumento que ofrece el ente público para justificarlo (que la demandante de amparo tiene unas tarifas más elevadas que las demás emisoras) se revela manifiestamente insuficiente, pues no explica la radicalidad del cambio de criterio municipal, ni considera un hecho tan incuestionable como que no puede tener las mismas tarifas publicitarias una emisora que llega a mayor

número de oyentes que otra u otras emisoras que tienen una audiencia menor. Por lo tanto, en su opinión, desde ese prisma de aproximación (principio general de igualdad) el recurso debería también ser estimado.

Junto a ello, añade, el municipio ha incumplido 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»).

En cuanto a los motivos formulados al amparo del art. 24.1 CE, los encuentra accesorios de la alegación sustantiva articulada al amparo del art. 14 CE, derecho fundamental materialmente infringido. Esa relación de subordinación, unida a la insuficiencia de la motivación judicial en las resoluciones dictadas en el rollo de apelación, debería conducir a la misma conclusión estimatoria del recurso.

Por lo expuesto, interesa la inadmisión del recurso de amparo en lo referente a la queja por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente del derecho a obtener una resolución no arbitraria, por falta de agotamiento de la vía judicial previa, y, en lo restante, la declaración de la lesión del derecho fundamental a la no discriminación (art. 14 CE) por parte del Ayuntamiento de Castellón de la Plana, o subsidiariamente la del derecho fundamental a la igualdad de trato (art. 14 CE) por la misma corporación local, o la del derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 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, retrotrayéndose en tal caso las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior al dictado de esa resolución judicial.

8. No formuló alegaciones el Ayuntamiento de Castellón de la Plana, según deja constancia la diligencia de 30 de septiembre de 2013.

9. Por providencia de 18 de junio de 2014, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 23 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Entabla el presente recurso de amparo Radio Castellón, S.A., 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, que inadmitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones formulado frente a la Sentencia de la misma Sala, núm. 257/2012, de 22 de mayo, desestimatoria del recurso de apelación en el que se impugnaba la Sentencia de 22 de junio de 2011 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Castellón, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 1149-2009, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Asimismo, se dirige la demanda de amparo contra la vía de hecho del Ayuntamiento de Castellón de la Plana que originó el antedicho recurso contencioso-

administrativo para la protección de derechos fundamentales, por lesión de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación en relación con los derechos a la libertad de expresión e información [arts. 14, primer y segundo inciso, y 20.1 a) y d) CE].

En lo relativo a esta última queja, a su juicio, la asignación de decenas de miles de euros de publicidad institucional a otros medios de comunicación (Onda Cero y cadena COPE), con total exclusión de la cadena SER desde principios de 2008, debió contar con una justificación de la Administración otorgante a fin de descartar el riesgo y la sospecha de que una aplicación laxa en la adjudicación publicitaria persiguiera premiar o castigar líneas editoriales, máxime teniendo en cuenta que la demandante es líder de audiencias en la provincia de Castellón y que están implicados en ese tipo de prácticas principios como la adecuada utilización del erario público, la independencia de los medios de comunicación y el derecho de todos los ciudadanos, sigan la tendencia ideológica que fuere, a recibir la información de sus instituciones públicas.

Por consiguiente, considera lesiva del art. 14 CE, en relación con los alegados derechos consagrados en el art. 20 CE, la exclusión de contratación de publicidad institucional a la que fue sometida Radio Castellón, S.A., por parte del Ayuntamiento de Castellón de la Plana, a partir de los primeros meses de 2008, así como insuficiente el argumento empleado para desestimar sus pretensiones, alusivo exclusivamente a las tarifas de la contratación. Antes al contrario, debió ponderarse aquel parámetro tarifario pero en su confluencia con otros factores igualmente relevantes para asegurar el respeto por la acción administrativa de los parámetros la proporcionalidad y razonabilidad constitucionalmente exigibles. Del mismo modo, prosigue el recurso, como se desprende de la Ley 7/2003, de 20 de marzo, de publicidad institucional de la Comunidad Valenciana, el único límite económico a la inserción de publicidad institucional en un medio de comunicación reside en que sus precios sean abusivos, esto es, que no guarden proporción alguna con la regulación normal del mercado; ponderación que no ha sido efectuada, dando como resultado, sin justificación objetiva de ningún tipo, la exclusión absoluta de toda asignación publicitaria a un medio líder en audiencia y que hasta el año 2008 resultaba idóneo para la propia corporación municipal, según acreditan sus propios actos.

Invoca, adicionalmente, diversas lesiones del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que imputa a las resoluciones judiciales impugnadas, todas ellas conectadas con el deber de motivación que integra aquel derecho fundamental y constituye una de sus vertientes. En concreto, por irrazonabilidad del argumento nuclear de la Sentencia de apelación, que supone admitir que la misma emisora líder de audiencias, con su mismo rango de precios, que venía eligiéndose como destinataria ininterrumpida al menos desde 2004 a 2008, pase a no tener asignación publicitaria alguna con el único y desnudo argumento de que sus precios son superiores a los del mercado; en segundo lugar, por no aplicar la Sala de apelación la doctrina constitucional en materia de distribución de la carga de la prueba pese a que se aportaron indicios de discriminación; y, para concluir, por arbitrariedad de la resolución judicial, habida cuenta que, suscitado el mismo debate con idénticos fundamentos y por el mismo recurrente en otro proceso judicial, aunque frente a otra Administración local, la misma Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictó una Sentencia de diferente signo, sin haber explicitado en estos autos las razones del cambio de criterio jurídico.

El Ministerio Fiscal, además de postular la inadmisión del motivo de amparo relativo a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente del derecho a obtener una resolución no arbitraria, ya que tal lesión no fue esgrimida en el incidente de nulidad de actuaciones que cerró el proceso [art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)], interesa el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de opinión (art. 14 CE) por parte del Ayuntamiento de Castellón de la Plana; subsidiariamente, la del derecho fundamental a la igualdad de trato (art. 14 CE) por dicha Corporación local, o, aún en su defecto, la del derecho fundamental a la igualdad

(art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 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, de 22 de mayo de 2012, retrotrayéndose en este último caso las actuaciones para el dictado de una nueva resolución judicial acorde con los derechos fundamentales que protagonizan el presente debate de constitucionalidad.

2. Delimitado en los términos expuestos el objeto del presente proceso de amparo, se advierte con nitidez que el recurso posee naturaleza mixta, al dirigirse contra la vía de hecho de la Administración, condensada en la exclusión de Radio Castellón, S.A., de la publicidad institucional en el periodo precisado en el proceso judicial [art. 14, primer y segundo incisos, en relación con arts. 20.1 a) y d) CE], y, asimismo, por lesiones autónomas diferenciadas de las que se imputan a la Corporación municipal, cometidas pretendidamente por las resoluciones judiciales dictadas en el rollo de apelación núm. 686-2011.

Esto así, tal como alega el Fiscal y como indicara la STC 5/2008, de 21 de enero, FJ 2, será pertinente recordar que nuestro criterio general consiste en que en los amparos mixtos la pretensión deducida por la vía del art. 43 LOTC es autónoma de la propia del art. 44 LOTC, y que su examen resulta, en principio, preeminente. De otro modo la previsión del art. 43 LOTC no pasaría de ser una especificación redundante del art. 44 LOTC, puesto que toda lesión de un derecho constitucional susceptible de amparo atribuida a una actuación administrativa tendría que denunciarse por el cauce del art. 44 LOTC en la medida en que no hubiera obtenido reparación en la jurisdicción ordinaria, confundiéndose con ello las cauces de impugnación previstos en nuestra Ley Orgánica y el objeto de los mismos.

Por su parte, la preeminencia de la pretensión impugnatoria del art. 43 LOTC no se refiere sólo ni primordialmente al orden en el que normalmente deban ser examinadas las quejas formuladas en la demanda de amparo sino, sobre todo, a la incidencia que el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la actuación administrativa pueda tener sobre la queja encauzada por la vía del art. 44 LOTC, ya que puede hacer innecesario el examen de esta última o dotar de efectos meramente declarativos al otorgamiento del amparo. En suma, esta preeminencia tiene su fundamento en que la comisión de una lesión constitucional en el transcurso del proceso judicial no impide que el acto administrativo sea autónomo, potencialmente lesivo y, adicionalmente, el verdadero objeto sustantivo del proceso de amparo.

Consiguientemente, analizaremos en primer lugar las lesiones constitucionales que se precisan contra la vía de hecho del Ayuntamiento de Castellón de la Plana: la vulneración de los derechos reconocidos en el art. 14 CE, primer y segundo incisos, en relación con los arts. 20.1 a) y d) CE; lesiones presuntamente causadas por la preterición del medio de comunicación recurrente de las campañas publicitarias del período 2008-2009, conforme a la determinación temporal fijada en el proceso judicial, contratadas por el mencionado ente público.

3. La publicidad institucional es una concreción de la comunicación pública que pone en relación a los poderes públicos con los ciudadanos a través de los medios de comunicación social. Desde la perspectiva constitucional, en el presente recurso de amparo poseen relevancia dos vertientes: a) el derecho de los ciudadanos a recibir la información de interés general que emane de los poderes públicos en condiciones de igualdad y no discriminación; b) los derechos de los medios de comunicación social con ocasión de la contratación y difusión de esa información pública.

Empezando por la primera vertiente citada diremos que, en tanto que facilita la difusión y recepción de información objetiva y veraz sobre asuntos de interés general, la publicidad institucional puede contribuir a concretar el derecho de los ciudadanos a recibir información (STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 8), que queda comprendido en el art. 20.1 d) CE, toda vez que no estamos ante una publicidad que procure intereses particulares, sino, antes al contrario, otros propósitos, institucionales, inscritos en el interés general. Adicionalmente, el derecho de acceso a esas informaciones queda atravesado por el

art. 14 CE, pues no cabe concebir que la comunicación con los ciudadanos que emane de los poderes públicos, de interés también público, no se canalice a los miembros de la comunidad en términos de igualdad y no discriminación.

Las distintas partes del proceso judicial previo, así como la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, han hecho referencia a tales fines de la publicidad institucional y a los aludidos derechos de los destinatarios. Se refieren todos ellos, para subrayarlo, a la Ley 7/2003, de 20 de marzo, de publicidad institucional de la Comunidad Valenciana, y a la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional. Como prueban esas normas y en todo caso la Constitución garantiza, quedan vinculados el derecho de los ciudadanos a recibir información neutral, objetiva y veraz, y el deber de los poderes públicos de proporcionarla en materias de interés general. La comunicación pública, también la de carácter publicitario informativo, por tanto, enlaza con el art. 20.1 d) CE, ya que debe asegurar la relación de la Administración con los ciudadanos a través de políticas de comunicación que fomenten su información sobre la esfera pública, el debate social, su participación crítica en la *res publica*, la corresponsabilidad ciudadana y el control de la acción administrativa, evitando lo que se han denominado asentimientos pasivos y comportamientos aclamativos, impulsando la transparencia frente a las zonas de secreto, mejorando la imagen de las instituciones y fortaleciendo su identidad, así como la eficacia de los servicios públicos.

En suma, en tanto que la función de aquella publicidad alcanza a intereses de la colectividad y de las instituciones comunes, los ciudadanos tienen derecho a recibir una información neutral, objetiva y veraz [art. 20.1 d) CE] y no pueden sufrir una discriminación o trato desigual en el acceso a la misma (art. 14 CE), lo que, como es obvio, no excluye campañas publicitarias sectoriales, articuladas, por poner un ejemplo, en función de los perfiles de los destinatarios (jóvenes o colectivos en riesgo de discriminación, por ilustrar la idea con sencillos ejemplos).

4. Como se dijo, también están comprometidos en esta tipología de controversias los derechos de los medios de comunicación social con los que la Administración contrata la difusión de esa información pública. Estos derechos se concretan en el respeto a un trato igualitario y no discriminatorio en la asignación publicitaria y en la necesidad de evitar incidencias negativas en el ejercicio de su función informativa [arts. 14 y 20.1 a) y d) CE]. Desde ese prisma, deberá recordarse que los medios de comunicación operan en concurrencia competitiva y que la Administración debe afianzarla, factor que, como veremos a continuación, no es en absoluto ajeno ni indiferente a las decisiones de gasto público adoptadas en la asignación de recursos económicos de publicidad institucional entre los medios de comunicación.

En efecto, los derechos fundamentales concernidos imponen un reparto equitativo de la publicidad conforme a la legalidad vigente, con criterios de transparencia e igualdad, evitando conductas discriminatorias y asegurando de ese modo una eficaz garantía de la libertad y de la independencia de los medios, afianzando a tal fin los principios de objetividad, publicidad y libre concurrencia. No son extraños esos parámetros a la garantía del pluralismo, ni puede desconectarse éste de las necesidades de financiación de los medios de comunicación, pues un trato público peyorativo en la contratación, injustificado, voluntarista o selectivo (art. 14 CE, primer inciso), o discriminatorio por razón ideológica, de tendencia u opinión (segundo inciso del precepto), podría condicionar su independencia o incluso su propia supervivencia.

Los efectos asociados o derivados para la financiación de los medios de comunicación, garantizados con dichos principios de legalidad, transparencia e igualdad y no discriminación, tienen entonces una consecuencia (siquiera mediata) en el contenido primario del art. 20 CE, habida cuenta que este Tribunal ha declarado constante e invariablemente que las libertades allí consagradas entrañan «el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático» (por todas, entre otras muchas, recientemente, STC 19/2014, de 10 de febrero, FJ 6).

5. Debe armonizarse con lo señalado en los fundamentos jurídicos anteriores la significación de otros mandatos constitucionales. Como es sabido, la Administración pública ha de actuar con objetividad y plena sumisión a la legalidad (arts. 103.1 y 106.1 CE) y sin asomo alguno de arbitrariedad (art. 9.3 CE). Como decíamos en la STC 114/2002, de 20 de mayo, y hemos reiterado en Sentencias posteriores (por ejemplo, STC 92/2009, de 20 de abril, FJ 3), 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.

De ello se infiere que aquellos principios constitucionales rectores de la actuación administrativa quedarán definidos conforme a sus propios parámetros pero resultarán también delimitados *ad casum* por la cobertura propia de los derechos fundamentales concernidos, al punto que no podrá hablarse de una legítima decisión de la Administración cuando en ella sean desatendidos o sufran una merma que carezca de justificación constitucionalmente admisible. No rebate esa conclusión que existan márgenes legales para una actuación discrecional en el ámbito material de que se trate, pues de nuestra jurisprudencia se desprende la ineludible limitación de dicha discrecionalidad, incluso si la ley confiere espacios de libre decisión, en atención a los derechos constitucionales concurrentes (por ejemplo, SSTC 103/1989, de 8 de junio, FJ 6, y 145/2013, de 11 de julio, FJ 8, entre otras).

6. Tras el anterior enunciado de premisas doctrinales, estamos en condiciones de examinar los perfiles del caso enjuiciado.

La denunciante discute, en esencia, una diferencia de trato injustificada, apuntando adicionalmente razones de tendencia editorial latentes en la vía de hecho impugnada. Como dijéramos ya en la STC 8/1981, de 30 de marzo, FJ 6, en la aplicación de la ley puede existir violación del principio de igualdad cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias (esto es, no fundadas en razones jurídicamente atendibles) o con fundamento en alguna de las causas de discriminación explícita o genéricamente incluidas en el art. 14 de la Constitución. Las lesiones, ya intencionales ya objetivas (por todas, STC 225/2001, de 26 de noviembre, FJ 4), pueden darse, por tanto, en ambos derechos: en la cláusula general de igualdad y en la prohibición de discriminación (primer y segundo incisos, respectivamente, del art. 14 CE).

En función de ello, numerosos pronunciamientos de este Tribunal han diferenciado el doble derecho consagrado en el art. 14 CE (entre tantos otros, STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, del Pleno de este Tribunal). Así, hemos establecido que el art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, configurándose como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de modo que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas.

La virtualidad del art. 14 CE –prosigue como tantas otras aquella Sentencia del Pleno– no se agota en esa cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que, a continuación, el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos concretos de discriminación. Esta referencia expresa a singulares razones de discriminación representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE. En este sentido, este Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la

ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados (o los perjuicios causados, al margen de cualquier contraste entre situaciones) respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe. Así, por tanto, la prohibición de discriminación es más que un precepto de igualdad y no requiere necesariamente un término de comparación, por más que la discriminación pueda concretarse en desigualdades de trato que pueden ser objeto de contraste o necesitar de éste para ser apreciadas (por todas, STC 171/2012, de 4 de octubre, FJ 5).

7. Apunta la demanda –que se centrará más tarde de modo principal, como expondremos más adelante, en la lesión del principio general de igualdad– que la asignación de decenas de miles de euros a otros medios de comunicación (Onda Cero y cadena COPE), con total exclusión de la cadena SER, podría ser expresión de un premio y castigo a líneas editoriales, como podría suponer cualquier ciudadano mínimamente informado sobre las tendencias informativas de los grandes medios radiofónicos. Se alude con ello a una posible vulneración de la prohibición de discriminación por razones ideológicas, de tendencia o de opinión (art. 14 CE, segundo inciso).

Bajo esas circunstancias, planteándose un supuesto de discriminación por razón de opinión que se encuadra en la prohibición del segundo inciso del art. 14 CE, opera un canon distinto al propio del principio general de igualdad; a saber: el imperativo o mandato constitucional de parificación, que implica la interdicción de cualquier perjuicio asociado objetivamente o intencionalmente motivado por el factor protegido (la tendencia del medio de comunicación, en este caso). Como es obvio, esa circunstancia fue negada por el Ayuntamiento de Castellón de la Plana.

La necesidad de garantizar que los derechos fundamentales no sean desconocidos bajo la cobertura formal del ejercicio de derechos y facultades reconocidos por las normas, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto litigioso. Dificultad de prueba que tomó en consideración nuestra jurisprudencia desde sus primeros pronunciamientos; que ha tenido concreciones en nuestra legislación procesal y que viene recibiendo atención en los más diversos ámbitos de creación normativa. Una premisa que se acentúa si cabe en un ámbito como el de las relaciones entre los administrados y la Administración, de conformidad con los principios y criterios enunciados en los fundamentos jurídicos anteriores.

Dificultades de acreditación como las indicadas, decíamos, han llevado a este Tribunal a elaborar su doctrina sobre la prueba indiciaria, dirigida a favorecer que se desvelen las razones latentes de actos que puedan enmascarar una lesión de derechos fundamentales. Así, desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, hemos establecido que incumbe a la parte demandada en el proceso judicial acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho fundamental de que se trate. A tal objeto, la prueba indiciaria se articula en un doble plano (por todas, SSTC 90/1997, de 6 de mayo, y 66/2002, de 21 de marzo). El primero, la necesidad por parte del demandante de aportar un indicio razonable de que el acto cuestionado lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia (STC 207/2001, de 22 de octubre). No constituye un indicio, sin embargo, la mera alegación de la vulneración constitucional, ni una retórica invocación del factor protegido, sino un hecho o conjunto de hechos que permita deducir la posibilidad de la lesión. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, indiciariamente probada, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada al margen del derecho fundamental alegado. En otro caso, el incumplimiento de ese deber probatorio de la parte demandada –que como se ha expuesto no supone una inversión de la carga de la prueba, pues nace sólo una vez que la parte demandante ha aportado

indicios de la vulneración que denuncia— trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental sustantivo que haya sido invocado.

Conforme a esta doctrina, en lo que al presente caso interesa, nos corresponde analizar si la parte actora acreditó la existencia de indicios de una actuación discriminatoria por razón de su tendencia editorial. Y procede decir a tal fin, en cuanto al tipo de conexión necesaria para apreciar la concurrencia del indicio, según apuntaba nuestro ATC 89/2000, de 21 de marzo, y después consolidara nuestra STC 17/2003, de 30 de enero, que tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquéllos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. En definitiva, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero deberá superarse inexcusablemente, en todo caso, el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no podrá prosperar la queja.

De ahí que, en situaciones como la de autos, el hecho de que la sociedad recurrente, según alega, siga una determinada tendencia editorial (presupuesto para concebir la hipótesis de la lesión denunciada), y la circunstancia acreditada del diferente trato en la asignación de publicidad institucional (vía de hecho potencialmente lesiva), deben ir acompañados de 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. En palabras de nuestra STC 41/2002, de 25 de febrero, en un caso de embarazo que trasladamos aquí *mutatis mutandis*: «no basta con que la trabajadora esté embarazada y demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio. En la medida en que no basta la mera alegación, sino la muestra de un panorama indiciario, no puede apreciarse una valoración incorrecta de la carga de la prueba por parte de los órganos judiciales por el hecho de que la empresa no haya probado la existencia de una causa real suficiente y seria de extinción que acredite que el despido es ajeno a un motivo discriminatorio.»

Igual conclusión se alcanza en esta ocasión respecto de la alegada vulneración de la prohibición de discriminación por opinión. La parte demandante de amparo no centra el recurso de amparo, ni tampoco lo hizo en el proceso judicial, en hechos que permitan hacer aflorar posibles razones ideológicas, de tendencia u opinión latentes en la actuación administrativa. Primeramente porque apunta una discrepancia de posiciones con la Administración demandada que no especifica ni prueba, y que no podemos dar por acreditada con base en presunciones o pretendidas convicciones generales de la ciudadanía, menos aún en el ámbito de los medios de información que tienen a gala revestir su proceder de imparcialidad. Por lo demás, la constatación de la retirada de la publicidad institucional, lo mismo que aquella auto-calificación de la tendencia del medio, como se dijo, no serían sino el otro parámetro en presencia en el esquema de enjuiciamiento, que los hechos indiciarios deberían haber puesto en conexión.

La queja, desde ese prisma, por tanto, carece de la debida fundamentación, por lo que no puede prosperar.

8. La demanda de amparo se articula realmente, superadas las mencionadas alusiones, por referencia al principio general de igualdad (primer inciso del art. 14 CE). Sobre tal derecho fundamental debemos añadir a lo anteriormente dicho que, según reiterada doctrina de este Tribunal, no implica en todos los casos un tratamiento igual con

abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. Esto es, no toda desigualdad de trato supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. En suma, como recordara nuestra STC 141/2011, de 26 de septiembre, FJ 3, y las en ella citadas, en su vertiente de igualdad ante la ley, 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».

Por lo demás, también es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad (por todas, SSTC 214/2006, de 3 de julio, FJ 2, y 9/2010, de 27 de abril, FJ 3).

En este complejo supuesto, según adelantamos más atrás, deberán integrarse en el juicio de igualdad los principios constitucionales y legales de la actuación administrativa, que tienen sin duda protagonismo en el ámbito concernido, pero que no pueden soslayar el contenido del derecho consagrado en el primer inciso del art. 14 CE, como tampoco sortear la conexión, siquiera mediata, que la actuación enjuiciada posee con la función institucional de los medios de comunicación, y su incidencia en la efectividad de los derechos del art. 20 CE, a tenor de lo que también anticipábamos más atrás. Todo ello repercutirá en el examen del derecho de igual trato a los medios de comunicación en la contratación de publicidad institucional; ya se hizo constar.

Enunciado el canon de constitucionalidad, en la medida en que el argumento administrativo para desestimar la pretensión de Radio Castellón, S.A., reside en un término de comparación económico (tarifas superiores al mercado), debe examinarse si tal motivación resulta respetuosa con los derechos fundamentales invocados; esto es, si ese elemento de diferenciación en la asignación de publicidad institucional es constitucionalmente admisible.

Ha quedado constatada una serie de hechos relevantes: que la actora cuenta con la máxima audiencia radiofónica en el territorio de referencia y que durante años se dieron relaciones de contratación entre la recurrente y la Administración demandada en el proceso, hasta que en 2008 cesó la atribución de campañas publicitarias. No hay prueba ni motivación alguna, en cambio, sobre otros elementos, señaladamente: que la decisión adoptada a partir del año 2008 estuviera fundada en una variación desmedida de las tarifas de la cadena SER; que la ratio comparativa tarifaria con las otras cadenas radiofónicas se hubiera alterado en esa fecha de manera significativa; que un estudio de impacto, en función de costes por *ratio* de oyentes o factores similares, o por franjas horarias, explicara un exceso inasumible en el gasto.

Nada se dice, en efecto, de la ruptura del criterio manifestado por el precedente administrativo, 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.

A falta de ello 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.

Falta, en definitiva, una justificación que objetive la decisión y permita someterla a un juicio de razonabilidad y proporcionalidad. Y en ausencia de ello no está justificada la eliminación de Radio Castellón, S.A., del reparto equitativo de la publicidad institucional. Con ese trato desigual, el Ayuntamiento de Castellón de la Plana, 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.

Tan inadmisibles resulta despreciar el elemento económico, pues los entes públicos deben velar por un adecuado gasto público, como excluir de partida a cualquier medio, más cuando lo es de relevancia en función de sus niveles de audiencia, por el hecho de su mayor precio de tarifa, ya que los poderes públicos no pueden desatender otros factores en juego, ni despreciar la necesaria igualdad de los medios, la función de pluralismo que despliegan en relación con su viabilidad económica y el objetivo de la publicidad institucional misma. La garantía de la opinión pública libre, que de manera mediata queda con estas prácticas potencialmente comprometida, siquiera en algún modo incidida, obligaba a un examen diferente, integrador de todas las variables en juego, no solamente la económica, medida por lo demás en función del precio formal, sin proyección proporcional de costes en función del impacto mediático de la cuña publicitaria.

Y el resultado apreciable no es sino la carencia de soporte y respaldo en Derecho de la vía de hecho impugnada, resultado que se daría exactamente igual si se perjudicara sin razones objetivas y sin criterios de proporcionalidad a medios de menor audiencia o de cualquier tendencia editorial. En ese escenario, con independencia de que puedan sembrarse dudas sobre la concurrencia de factores solapados, ideológicos o de otro tipo, de lo que queda constancia es de un desigual trato que no cumple los mandatos constitucionales de objetividad y proporcionalidad.

Cabe concluir, por consiguiente, que es contrario al art. 14 CE la exclusión absoluta de la inserción de publicidad institucional en un medio de comunicación, particularmente relevante en función de su implantación y audiencia, sin justificación administrativa alguna que objetive la decisión de conformidad con la pluralidad de elementos concurrentes. La vía de hecho del Ayuntamiento, por tanto, resulta contraria al principio de igualdad (art. 14 CE).

9. Los razonamientos expuestos conducen a otorgar el amparo, una vez constatada la existencia de una desigualdad de trato en la vía de hecho administrativa impugnada, sin necesidad de entrar a conocer los motivos articulados por el cauce del art. 44 LOTC, habida cuenta que, conforme advertíamos al principio, sólo mediata e indirectamente entra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en la medida en que los órganos judiciales no repararon la lesión constitucional cometida por la Administración.

El otorgamiento del amparo y la nulidad por este motivo de la vía de hecho que supuso la exclusión de Radio Castellón, S.A., de las campañas publicitarias en el período temporal reclamado implica forzosamente la declaración de nulidad de las resoluciones judiciales que la confirmaron, con la finalidad de restablecer el derecho fundamental vulnerado (SSTC 291/1993, de 18 de octubre, FJ 2, y 98/2003, de 2 de junio, FJ 5), a

cuyo fin, al tratarse de un conjunto de campañas publicitarias referidas a un periodo de tiempo ya consumado, procederá 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 don Radio Castellón, S.A., y, en su virtud:

1.º Declarar que ha sido vulnerado el derecho fundamental de la sociedad demandante de amparo 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 Castellón de la Plana en el período temporal precisado en el proceso contencioso-administrativo, así como, en tanto que confirmaron ese proceder, de 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, la Sentencia de la misma Sala, núm. 257/2012, de 22 de mayo de 2012, y la Sentencia de 22 de junio de 2011 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Castellón, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 1149-2009.

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 veintitrés de junio de dos mil catorce.—Adela Asua Batarrita.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Juan José González Rivas, respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo 6050-2012

En ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con el mayor respeto a la opinión mayoritaria, expreso mi discrepancia con el fallo de la Sentencia en cuanto que declara vulnerado el derecho fundamental de la libertad de información [art. 20.1 d) CE], así como con la fundamentación jurídica, y formulo Voto particular basado en los siguientes razonamientos:

1. Lo primero que hay que significar es que la demanda sólo invoca la lesión del art. 20 CE (pág. 18 y 22 de la demanda) al instrumentalizarse la vía de hecho como medio de represalia a la línea informativa seguida por el medio, girando la argumentación exclusivamente sobre la lesión en el marco del principio de igualdad (art. 14). La lesión se concreta en la demanda en la infracción del principio de igualdad que en este caso se pone en relación con las normas de publicidad institucional contenidas en la Ley valenciana 7/2003, sin que se haga referencia a que dichas normas puedan encuadrarse en el art. 20 CE.

Por tanto, la invocación que se hace del art. 20 CE (pág. 22 de la demanda) en modo alguno es para incardinar la publicidad institucional en el derecho de los ciudadanos a recibir información del art. 20.1 d). Lo que dice la parte demandante de amparo es que se vulnera el art. 20 CE porque la no contratación de publicidad se hace en represalia a la línea informativa seguida por el medio; esto es, la vulneración del art. 20 CE es origen (motivación arbitraria) de la actividad administrativa, lo cual se ubica en el análisis del art. 14 CE (discriminación por razón de opinión).

Esta denuncia es desestimada en el fundamento jurídico 7 de la Sentencia, por lo que la doctrina que desarrolla la Sentencia sobre el derecho de los ciudadanos a recibir información del art. 20.1 d) CE en los fundamentos jurídicos 3 a 5 queda extramuros del debate procesal planteado en la demanda de amparo.

2. En mi opinión, en los fundamentos jurídicos 3 a 5 se desenfoca el objeto del amparo y se elabora una doctrina sobre la publicidad institucional y su inserción en el art. 20.1 d) CE, que ni se plantea por las partes ni tan siquiera tiene relevancia para resolver el recurso que se formula desde el estricto prisma de la igualdad, cuando la esencia de la cuestión planteada es el análisis de la falta de prueba de la discriminación por razón de opinión, así como del panorama indiciario que permite identificar la vulneración del art. 14 CE.

3. Por lo demás, el desarrollo argumental de los fundamentos jurídicos 3 a 5 aparece además contrario a la propia doctrina constitucional en que se apoya. Así, la STC 14/2003, de 28 de enero, dejó claro que la información vertida por las instituciones públicas o sus órganos en el ejercicio de sus atribuciones –en el cual se inserta claramente la publicidad institucional– queda fuera del ámbito protegido por esta libertad reconocida en el art. 20.1 d) CE, con cita del ATC 19/1993, de 21 de enero y señala en el fundamento jurídico 8 lo siguiente, al final del mismo «ha de señalarse, en lo que aquí interesa y como se infiere del Auto 19/1993, de 21 de enero, respecto a la titularidad por las instituciones públicas o sus órganos de libertad de información, que la información vertida por las instituciones públicas o sus órganos en el ejercicio de sus atribuciones queda fuera del ámbito protegido por esta libertad reconocida en el art. 20.1.d CE».

4. Por otra parte, tanto la Ley estatal 29/2005, de 14 de febrero, como la Ley valenciana 7/2003, de 20 de marzo, incluyen diferentes objetivos de la publicidad institucional muy alejados del derecho fundamental a recibir información del art. 20.1 d) CE como «promover la comercialización de productos españoles», «atraer inversiones extranjeras», «promoción de específicos sectores económicos», «promoción de los propios valores o señas de identidad del territorio o de la población de la administración anunciante», «mejora de la imagen», etc. Y es que la publicidad tiene una finalidad eminentemente divulgativa, sin perjuicio de que pueda servir a otros fines, en tanto que la información es un vehículo comunicativo. En el presente recurso no se han debatido los contenidos de la publicidad institucional contratada, por lo que no puede aseverarse que los mismos tuvieran un contenido informativo o de comunicación institucional.

5. En consecuencia, los fundamentos del reparto equitativo de los fondos destinados a publicidad institucional no deriva, en mi opinión, de su conexión con el art. 20.1 d) CE, sino de los principios constitucionales de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contenido en el art. 9 CE, del principio de igualdad proclamado por el art. 14 CE, o de la declaración del art. 103 CE, párrafo primero, que ordena a la Administración pública servir con objetividad los intereses generales, principios que informan la regulación legal, a la que debe someterse la Administración conforme al mandato constitucional del art. 106.1 CE.

En este sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a veintitrés de junio de dos mil catorce.–Juan José González Rivas.–Firmado y rubricado.