



SENTENCIA N.º 5247 / 2022
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

RECURSO DE APELACIÓN N.º 420/2021

ILUSTRÍSIMOS/A SEÑORES/A:

PRESIDENTE

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

MAGISTRADO/A

Dª MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ

Dª CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL

En la ciudad de Málaga, a veintiocho de noviembre de dos mil veintidós.

Esta Sala ha visto el presente el recurso de apelación núm. 420/2021, interpuesto por la Letrada Sra. , en nombre y defensa de la entidad AIRON SESENTA S.L. contra la Sentencia 490/2020, de 13 de noviembre de 2020, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de MÁLAGA, en el PO 521/17, compareciendo como parte apelada la DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE MÁLAGA, representada y defendida por Letrado de su Asesoría Jurídica .

Ha sido Magistrada ponente la Ilma. Sra Dª María del Rosario Cardenal Gómez , quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Málaga dictó la Sentencia en el encabezamiento reseñada que desestima el recurso interpuesto por AIRON SESENTA S.L. contra la DIPUTACION PROVINCIAL DE MÁLAGA, frente a la desestimación presunta del requerimiento de cesación de la actuación en vía de hecho por discriminación en la contratación de la publicidad institucional del Ayuntamiento de Málaga, presentado el día 2 de octubre de 2017, posteriormente ampliado a la resolución de 4 de diciembre de 2017, consistente en Decreto nº 3448/17 de la Diputación de Málaga por el que se desestimaba la petición formulada por la recurrente.

SEGUNDO.- Contra la referida Sentencia es interpuesto y sustanciado recurso de apelación , exponiendo la parte cuanto tiene por oportuno para pedir resolución por la que “en su día se dicte sentencia en la que revocando la dictada por ese Juzgado, estime nuestro recurso contencioso-administrativo, y la declare contraria a Derecho y, en



Código Seguro De Verificación:		Fecha	19/12/2022
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ		
Url De Verificación		Página	1/24



consecuencia, se proceda a la anulación de la Resolución administrativa impugnada, el Decreto 4 de diciembre de 2017, y declare la actuación llevada a cabo por la Administración como constitutiva de vía de hecho, prescindiendo de cobertura legal, excediéndose de los límites establecidos en la legislación de contratación pública y resultando discriminatoria en la contratación de publicidad de la Administración demandada, por la que se han vulnerado, tanto los principios básico de publicidad, igualdad de trato, libertad de acceso, no discriminación, como los artículos 14 y 20 de nuestra Constitución, condenando a la Administración demandada a que cese en la vía de hecho, y declare el derecho de mi mandante a ser indemnizado por los daños y perjuicios irrogados en dicha actuación, determinable en ejecución de sentencia, con expresa condena en costas causadas”

TERCERO.- La parte apelada presenta escrito el 04/02/21 alegando cuanto tiene por oportuno para pedir se tenga por formulada oposición al Recurso de Apelación interpuesto de contrario y se desestime el recurso, confirmando la Sentencia dictada, con expresa condena en costas a la apelante.

CUARTO.- Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo y personadas las partes en legal forma sin que ninguna de ellas solicitara vista, conclusiones ni prueba, se señaló para votación y fallo , que tuvo lugar el día para ello fijado.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso de apelación por la representación procesal de la mercantil AIRON SESENTA S.L.la Sentencia 490/2020 , de 13 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Málaga, recaída en el P.O. 521/2017, por la que se desestima el recurso por aquella interpuesto contra la DIPUTACION PROVINCIAL DE MÁLAGA, frente a la desestimación presunta del requerimiento de cesación de la actuación en vía de hecho por discriminación en la contratación de la publicidad institucional del Ayuntamiento de Málaga, presentado el día 2 de octubre de 2017, posteriormente ampliado a la resolución de 4 de diciembre de 2017, consistente en Decreto nº 3448/17de la Diputación de Málaga por el que se desestimaba la petición formulada por la recurrente.

La apelante basa su recurso en que:

“.... la sentencia desestima el recurso interpuesto por entender que:

1. Existe un acto administrativo que ampara la actuación de la administración y además que se ha dictado siguiendo el procedimiento establecido o que al menos no se ha cuestionado dicho extremo por esta parte.
2. Que la no contratación de esta parte no es constitutiva de vía de hecho.

Si bien es cierto que esta parte reconoce que la publicidad institucional ha sido adjudicada a través de contratos, no es cierto que no se haya cuestionado el procedimiento seguido por la Administración para su contratación, en todo momento tanto en el escrito de



Código Seguro De Verificación:		Fecha	19/12/2022
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ		
Url De Verificación		Página	2/24



demanda como en el escrito de conclusiones se ha cuestionado el procedimiento,

- Por un lado, se ha denunciado que la contratación llevada a cabo por la Diputación no ha respetado los principios de igualdad de trato, libre concurrencia y no discriminación.
- Por otro lado, se ha puesto de manifiesto que la actuación llevada a cabo por la Administración resulta arbitraria, desproporcionada, ha superado los límites de la discrecionalidad de la administración, existiendo indicios de desviación de poder y se ha incumplido el procedimiento de contratación, en concreto en el escrito de conclusiones tras poder analizar con detalle el informe de tesorería donde se refleja toda la contratación se ponen de manifiesto de forma exhaustiva y detalla las infracciones llevadas a cabo por la Administración.

Por lo tanto, entendemos que el juez a quo ha incurrido en un error en la valoración de la prueba, el no entrar a realizar valoración alguna sobre ella, incurriendo en una incongruencia omisiva y no ha aplicado la normativa procedente en materia de publicidad institucional y de contratos del Sector Público:

- Infracción de la regulación contenida en el artículo 4 de la Ley 6/2005, de 8 de abril, Reguladora de la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía.
- Infracción del artículo 138 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por R.D. Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre.
- Infracción del artículo 131 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017 de 8 de noviembre.
- Vulneración el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación (Artículo 14 CE).
- Vulneración del derecho de información (artículo 20 CE)

Vía de hecho por discriminación en la contratación de la publicidad institucional. Vulneración de la normativa aplicable al caso: Infracción de la regulación contenida en el artículo 4 de la Ley 6/2005, de 8 de abril, Reguladora de la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía, artículo 138 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por R.D. Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, artículo 131 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017 de 8 de noviembre, vulneración el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación (Artículo 14 CE) y vulneración del derecho de información (artículo 20 CE)

Se impugna la sentencia de instancia por considerar que la discriminación continuada en el tiempo en la contratación, no es constitutivo de vía de hecho. Si ni siquiera entrar a valorar los motivos alegados por esta para fundamentar la discriminación sufrida.

En materia de publicidad institucional, es de aplicación la Ley 6/2005, de 8 de abril, Reguladora de la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía, la Ley Estatal de 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional, y las distintas leyes de contratación pública vigentes en el momento de celebración de cada uno de los contratos.

La ley 6/2005 de 8 de abril, Reguladora de la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía, en el artículo 4 establece: "que la actividad publicitaria deberá desarrollarse con respeto a los principios de igualdad, objetividad, veracidad e imparcialidad...En todo caso, deberá garantizarse la libre concurrencia, así como la transparencia, eficacia y rentabilidad en la asignación de los recursos económicos".



Código Seguro De Verificación:		Fecha	19/12/2022
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA		
	CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL		
	MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ		
Url De Verificación		Página	3/24



Por su parte tanto Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público como la actual Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 establecen que los procedimientos de contratación deben respetar estrictamente los principios de igualdad, transparencia y libre competencia.

El artículo 132 de la Ley 9/2017 de 8 noviembre establece:

“1. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad. En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta.

2. La contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios.

3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia”.

La sentencia impugnada considera que la no contratación de esta parte no supone una infracción del procedimiento y por lo tanto no es constitutiva de vía de hecho, es decir la sentencia de instancia considera que la discriminación y el trato desigual realizado por la Administración a la Revista el Observador no constituye una vía de hecho.

Esta parte entiende que la vulneración de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 14 y 20 de la CE y de los principios básicos que rigen en todo procedimiento de contratación sin ningún tipo de cobertura jurídica constituye de una vía de hecho.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la STC 147/2014, de 22 de septiembre de 2014, siguiendo lo declarado en las SSTC 104/2014, de 23 de junio y 130/2014, de 21 de julio, en la que ha establecido una doctrina jurisprudencial sobre 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]. Dicha doctrina, en palabras del propio Tribunal Constitucional, se podría resumir de la siguiente manera:

“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.

La Administración pública ha de actuar en este tipo de decisiones con objetividad y plena



Código Seguro De Verificación:		Fecha	19/12/2022
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ		
Url De Verificación		Página	4/24



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.

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. 14 CE, pero no un indicio que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto (FJ 7).

La 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”.

La actuación de la Administración consistente en excluir de manera sistemática, sin cobertura jurídica, sin justificación alguna, sin permitir que participe en ningún procedimiento de contratación, sin fijar por qué no merece o qué parámetros ha tenido en cuenta para no contratar a la Revista el Observador de la contratación de cualquier tipo de publicidad desde 1987 como ha manifestado la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional es constitutiva de una vía de hecho potencialmente lesiva en cuanto infringe los principios de contratación que rige en todo procedimiento de contratación, esto es el principio de igualdad de trato y no discriminación y vulnera los derechos fundamentales recogidos en el artículo 14 de la CE, así como el derecho de información recogido en el artículo 20 de la CE.

Por lo tanto, como ha declarado el Tribunal Constitucional la exclusión de un medio de la contratación de publicidad institucional es constitutiva de vía de hecho.

Infracción del artículo 218 Ley Enjuiciamiento Civil. Valoración de la prueba en la instancia que excede el principio de la prueba libre. Infracción de las reglas de la sana crítica. No valoración de la prueba

Se impugna la sentencia de instancia por considerar que existe error en la valoración de la prueba de la instancia, el fundamento utilizado por el Juez a quo para determinar que la administración no actuara en vía de hecho, el Juez a quo considera que la Diputación ha contratado la publicidad institucional respetando los procedimientos establecidos para ello, sin entrar a valorar la prueba practicada en autos, considera suficiente que haya un contrato.

Esta parte entiende que no pueden dejarse de lado los principios básicos de la



Código Seguro De Verificación:		Fecha	19/12/2022
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ		
Url De Verificación		Página	5/24



contratación, ni los requisitos que deben darse en la contratación menor por ello consideramos que es motivo para que la Sala revise sus conclusiones y determine una vez valorada la prueba (prueba documental aportada por esta parte e informe de la Tesorería aportado por la Diputación) si ha existido una vía de hecho:

- Por vulneración de los derechos fundamentales de igualdad, no discriminación, derecho a la información y de los principios básicos de todo procedimiento de contratación igualdad, no discriminación, libre concurrencia, transparencia.

- Por haberse extralimitado la Administración en los límites de la discrecionalidad, desviación de poder y por los defectos de procedimiento aludidos en la demanda y en el escrito de conclusiones ya que hasta que no se celebra la prueba y la Administración remite el informe de tesorería esta parte desconoce cuántos contratos realiza la Administración, en qué momento, la cuantía de los procedimientos ya que la Administración como puede comprobarse en el relato de los hechos de nuestro escrito de demanda siempre se ha negado a proporcionar esa información, y la información publicada difiere de la realidad.

Hemos de recordar que como la propia administración indica en la tercera página del escrito de contestación a la demanda y en el fundamento derecho segundo, página 11, que la figura utilizada para la adjudicación de los contratos de publicidad de institucional ha sido la del contrato menor.

A través de la figura menor, si bien es cierto que permite la adjudicación directa, a cualquier empresario, esta adjudicación directa tiene límites, que el Juez a quo no ha tenido en cuenta:

- No pueden ser objeto de un contrato menor prestaciones que tengan carácter recurrente, debiéndose justificar que no se han separado las prestaciones que forman la "unidad funcional" del objeto del contrato con el único fin de eludir las normas de publicidad en materia de contratación.

¿Todas las prestaciones contratadas por la Administración, cada banner, cada cuña, cada faldón de publicidad contratada por la Administración constituye una unidad funcional?
¿desde el año 2012 no ha habido posibilidad de agrupar ninguna prestación cuyo importe acumulado supera los diez millones de euros para licitarlo por procedimiento abierto? ¿de todas las campañas? ¿aunque se reiteren anualmente? ¿con el excesivo fraccionamiento de todas las prestaciones no está eludiendo los procedimientos abiertos?

- Los contratos menores deben ser interpretados de acuerdo a su finalidad y contexto en el marco de los principios básicos de la contratación pública, entre ellos la libertad de acceso a las licitaciones y no discriminación e igualdad de trato.

¿Realizar toda la contratación de la publicidad institucional a través de 4.592 contratos menores permite la libertad de acceso? ¿Adjudicar directamente todos los contratos no crea discriminación? ¿no solicitar información ni presupuesto de esos 4592 contratos no supone discriminación?

- Los contratos menores no pueden superar los umbrales establecidos en la ley, en el caso de prestaciones de servicios en el TRLCSP se estableció en 18.000 y en la actual LCSP está establecido en 15.000

¿Superar los límites establecidos no supone una infracción procedimental?



Código Seguro De Verificación:		Fecha	19/12/2022
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA		
	CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL		
	MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ		
Url De Verificación		Página	6/24



- La actual LCSP, obliga a las Administraciones a publicar todos los contratos menores al menos trimestralmente.

¿No publicar la relación integra de todos los contratos no supone una infracción procedimental?

De la prueba practicada, en concreto del informe de la Tesorería General relativo a las obligaciones reconocidas y liquidadas desde junio 2012 hasta diciembre relativas a gastos de publicidad institucional aportado por la Administración demandada, se desprende que la Administración ha utilizado, la contratación menor, de manera sistemática contraviniendo los principios que debe regir todo procedimiento de contratación, libertad de acceso, publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato.

Del citado informe se desprenden los siguientes datos objetivos, que el juez a quo no ha tenido en cuenta:

1. La Diputación de Málaga viene llevando a cabo TODA la contratación para la difusión de publicidad institucional por decenas de miles de euros a través de la contratación menor, en concreto desde el año 2012 hasta el 2019 según el informe ha celebrado 4.592 contratos menores.

El gasto en publicidad institucional según el propio informe es el siguiente:

- Desde julio de 2012 hasta diciembre de 2012: 477.259,70 euros.
- En el año 2013: 961.422,01 euros.
- En el año 2014: 1.842.495,21 euros.
- En el año 2015: 1.775.273,98 euros.
- En el año 2016: 1.419.895,16 euros.
- En el año 2017: 1.226.182,99 euros.
- En el año 2018: 1.444.072,96 euros.
- En el año 2019: 877.176,19 euros.

2. Desde el año 2012, anualmente se han contratado mediante contratos menores, prestaciones que tienen carácter recurrente, año tras año se repiten las mismas campañas de publicidad.....

3. Que se están llevando a cabo contrataciones menores de prestaciones de carácter recurrente, que responden a una misma necesidad, sin planificación eludiendo las normas de publicidad y los procedimientos de contratación ordinarios.

Que se están fraccionando contratos cuyo objeto no cumplen una función económica o técnica por sí solas.

Especialmente llamativo, por su evidencia es la contratación llevada a cabo en el año 2014 para la promoción Sabor a Málaga, cuando la Administración realiza 40 contratos menores en los días 29 y 30 diciembre cuyo importe asciende a 157.348,80 euros que representa casi el 50% de la contratación de publicidad en la promoción de Sabor a Málaga realizada en el año 2014.

Incluso desde el punto de vista no ya de campañas concretas de publicidad, si atendemos al tipo de publicidad que se realizan por la Diputación y filtramos por el concepto indicado en "texto libre" del informe podemos ver como por ejemplo en banner y megabaner de publicidad en las distintas campañas han realizado contratos menores cuyo importe acumulado durante el año 2019 asciende a 147.894 euros o en cuñas de publicidad en las distintas campañas se han realizado contratos menores cuyo importe acumulado durante el 2019 asciende a 138.312 euros, se están fraccionando prestaciones



Código Seguro De Verificación:		Fecha	19/12/2022
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ		
Url De Verificación		Página	7/24



que pueden formar una unidad funcional con el único fin de eludir las normas de publicidad en materia de contratación.

4. Que se han venido adjudicando mediante el procedimiento de contratación menor, contratos cuyas cuantías superan los umbrales establecidos tanto en la actual la ley 9/2017 de contratos del sector público como en el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre.....

5. Déficit de transparencia. La administración no ha cumplido con la obligación de publicación impuesta por la ley de contratos del sector público y por la normativa de publicidad.

Si acudimos a la web del gobierno abierto de la diputación en el apartado de contratación de servicios nos redireccionan al siguiente perfil de contratante dónde podemos comprobar que la diputación viene incumpliendo esta obligación y no han publicado ningún contrato menor.

En el portal de transparencia de la Diputación de Málaga podemos comprobar que, en dicha web, tampoco se han publicado todos los contratos menores, las cifras obtenidas no coinciden ni con el informe de intervención ni con el documento denominado evolución de gastos de publicidad institucional.....

6. Que conforme a los datos obtenidos en informe la Administración, otras publicaciones digitales con una media de audiencia mucho menor al Observador han recibido contratación en publicidad institucional.

En el caso planteado considera esta parte que existe una deficiente motivación y justificación de su decisión por el Juez a quo, éste ha obviado completamente, las denuncias realizadas por esta parte y el contenido y los datos objetivos extraídos del informe de la Tesorería. Lo anterior no puede sino concluirse como una infracción de los principios básicos de la valoración de la prueba, incurriendo el juez en un error de determinación en sus conclusiones que no tienen en cuenta, ni siquiera se pronuncia, sobre dichos parámetros:

1. Es un hecho objetivo, probado y alegado por esta parte tanto en el escrito de demanda como en el escrito de conclusiones, que la Sentencia ni siquiera alude, que el tipo de contratación elegido por la Administración (contratos menores), no está pensando ni alcanzan a cubrir la actuación desproporcionada de la Administración que excede de los límites que el acto permite y va en contra de los principios básicos de la contratación:

- QUE LA DIPUTACIÓN HACE UN USO ABUSIVO DE LA CONTRATACIÓN MENOR PARA ADJUDICAR ANUALMENTE TODA LA PUBLICIDAD INSTITUCIONAL, CUYA CUANTÍA ASCIENDE ANUALMENTE A UN MILLÓN Y MEDIO DE EURÓS.

- Que incumple el procedimiento establecido para la contratación menor:
 - o Recurre sistemáticamente a la contratación menor de todas las campañas de publicidad institucional.
 - o Fracciona toda la contratación, con la finalidad de disminuir la cuantía de los contratos para eludir los procedimientos de contratación abiertos y evitar los requisitos de publicidad
 - o Adjudica contratos menores cuyas cuantías superan los umbrales establecidos en la legislación.



Código Seguro De Verificación:		Fecha	19/12/2022
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ		
Url De Verificación		Página	8/24



o No cumple con la obligación de publicar la información relativa a los contratos menores celebrados.

En cuanto al a discriminación sufrida, no constituye un hecho controvertido que La Revista el Observador, desde su constitución en 1987, NUNCA HA SIDO ADJUDICATARÍA DE PUBLICIDAD INSTITUCIONAL.

De la prueba documental que consta en autos aportados con el escrito de demanda, QUE NO HA SIDO VALORADO NI TENIDO EN CUENTA POR EL JUEZ A QUO, resulta probado que La Revista el Observador a pesar de mantener índices de audiencia similares o superiores a otros medios de comunicación digitales de la provincia que, SI ESTÁN RECIBIENDO CONTRATOS DE PUBLICIDAD INSTITUCIONAL, vulnerándose el principio de igualdad de trato.

En el informe del Director General de Comunicación, únicamente de forma general manifiesta que la adjudicación de la publicidad se efectúa conforme a los criterios de libertad de acceso a las contrataciones, transparencia, no discriminación, seguridad jurídica, difusión, profesionalidad, especialización y eficiencia económica. Para ello y según lo manifestado en el informe, la Oficina de Comunicación de la Diputación de Málaga analiza:

1. Los cambios que experimentan el mapa de medios.
2. Las propuestas y las ofertas publicitarias que son remitidas a la Diputación por parte de empresas informativas.
3. Las cifras de audiencia y difusión aportadas por los medios de comunicación.

La diputación en su escrito de contestación a la demanda afirma que los medios a los que se le asigna publicidad institucional tienen unos índices de audiencia considerables en sus ámbitos de implantación de acuerdo con datos objetivos, es decir, para la adjudicación de los contratos de publicidad la Diputación se basa en las propuestas y datos de audiencia ofertas que son remitidas por las propias empresas, esos datos objetivos según el informe referenciado son los aportados por los propios medios de comunicación.

1. El propio informe indica no existe un modelo único acreditado de forma oficial, por ello se han aportado junto con el escrito de demanda informes de la OJD, empresa independiente cuya actividad es auditar y certificar las cifras de audiencia/difusión de los medios de comunicación.

Desconocemos en qué consisten, en qué se basan y el resultado de los estudios previos a los que se refiere la administración demandada en su escrito de contestación a la demanda que indican que contradicen los datos aportados por esta parte, nada ha acreditado ni probado aparte de realizar dicha manifestación de manera general. No obstante, con la documental aportada junto con el escrito de demanda resulta acreditado que la audiencia media de la Revista el Observador es superior a la media de otras publicaciones digitales que han recibido contratación.

La Diputación no ha probado, justificado, motivado ni argumentado los motivos que hacen que la revista el Observador, NUNCA desde 1987 haya sido idónea para la contratación de publicidad institucional de los 4.592 contratos menores realizados por la Administración desde el año 2012 hasta el año 2019 (cuyo gasto público total ha ascendido a 10.023.778,04 euros) a la Revista el Observador no le han adjudicado ninguno, no le han solicitado en ninguna ocasión un presupuesto y como toda la contratación la realizan por contratos menores NO HA TENIDO LA OPORTUNIDAD DE PARTICIPAR EN NINGÚN PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN ABIERTO,



Código Seguro De Verificación:		Fecha	19/12/2022
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ		
Url De Verificación		Página	9/24



vulnerándose el principio de libertad de competencia y no discriminación. Se ha apartado sistemáticamente de su contratación, lo que evidencia una arbitrariedad discriminatoria. Entendemos que la línea editorial de opinión de la Revista El Observador es la que ha llevado a su discriminación.

Existen indicios que la Diputación está utilizando la contratación menor para favorecer a determinadas publicaciones. Las publicaciones que se están viendo más favorecidas bajo el gobierno del actual presidente de la Diputación, del Partido Popular, son el Sur, COPE u Onda Cero, publicaciones con ideología más conservadora, mientras que, durante la anterior presidencia, perteneciente al grupo político PSOE, los adjudicatarios más favorecidos eran Localia TV, o la Ser, medios de comunicación reconocidos por su tendencia más cercana a la izquierda política.

Ley de Contratos del Sector Público permite la contratación directa a través del contrato menor, pero siempre bajo los requisitos establecidos en la ley y el máximo respeto a los principios de la contratación pública y por supuesto como cualquier procedimiento a los derechos fundamentales.

La discriminación sistemática de todas las campañas de publicidad emprendidas por la Diputación de mi cliente consistente en no otorgar ningún contrato desde 1987 SIN JUSTIFICACIÓN ALGUNA no tiene cobertura jurídica y constituye una vía de hecho que genera una vulneración del principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución y afecta a la libertad de información del artículo 20 de la Constitución.

Por lo expuesto se puede concluir que la Administración demandada no ha actuado con objetividad y plena sumisión a la legalidad (arts. 103.1 y 106.1 CE) y sin arbitrariedad (art. 9.3 CE). Que esta vía de hecho supone un perjuicio económico a el Observador susceptible de valoración económica, por la pérdida de unos ingresos, seguros y no meramente contingentes y en consecuencia entendemos existe un lucro cesante indemnizable como ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo...”

Por último impugna el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia respecto a la condena en costas, ‘por cuanto considerando que nuestras pretensiones deben ser atendidas por los motivos expuestos, y estimadas las mismas, no entraría en juego el principio de vencimiento invocado en la sentencia dictada para la aplicación de la condena en costas.

Hay que indicar que en la decisión del pronunciamiento sobre la condena en costas ha de respetarse los principios constitucionales de igualdad, interdicción de la arbitrariedad, de seguridad jurídica y proporcionalidad, circunstancia que ha de ser controlada en apelación.

Además, hay que tener en cuenta en el presente supuesto, la existencia de dudas de hecho y de derecho para no aplicar directamente el criterio del vencimiento objetivo, máxime cuando nos encontramos que la Administración realiza una asignación de la publicidad arbitraria e imparcial, apartando sistemáticamente de su contratación y de forma sostenida en el tiempo a mi representada, lo que pone de manifiesto la existencia de dudas de hecho y de derecho en el procedimiento, con la entidad suficiente para que se fuera aplicado de forma justificativa la excepción al principio del vencimiento, y así se recogiera en el fundamento relativo a las costas.

Y en último lugar, hay que poner de manifiesto que en todo caso la condena en costas no es de aplicación taxativa por parte del Juzgado, y que en el presente caso es perfectamente aplicable el propio artículo 139.1 de la Ley 29/1998 de 13 de Julio, reguladora de la



Código Seguro De Verificación:		Fecha	19/12/2022
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA		
	CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL		
	MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ		
Url De Verificación		Página	10/24



Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, y su no imposición. “

Termina solicitando “en su día se dicte sentencia en la que revocando la dictada por ese Juzgado, estime nuestro recurso contencioso-administrativo, y la declare contraria a Derecho y, en consecuencia, se proceda a la anulación de la Resolución administrativa impugnada, el Decreto 4 de diciembre de 2017, y declare la actuación llevada a cabo por la Administración como constitutiva de vía de hecho, prescindiendo de cobertura legal, excediéndose de los límites establecidos en la legislación de contratación pública y resultando discriminatoria en la contratación de publicidad de la Administración demandada, por la que se han vulnerado, tanto los principios básico de publicidad, igualdad de trato, libertad de acceso, no discriminación, como los artículos 14 y 20 de nuestra Constitución, condenando a la Administración demandada a que cese en la vía de hecho, y declare el derecho de mi mandante a ser indemnizado por los daños y perjuicios irrogados en dicha actuación, determinable en ejecución de sentencia, con expresa condena en costas causadas”

SEGUNDO.- Por su parte la Administración apelada, formula oposición al recurso de apelación al entender que la Sentencia dictada por el Juzgador es ajustada a derecho y compartir los argumentos contenidos en la misma, pidiendo su confirmación .

Niega la existencia de vía de hecho pues “en el presente supuesto, como bien se señala en la Sentencia apelada, núm.490/2020, se han realizado las adjudicaciones de forma ajustada a derecho de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público, y conforme a la Ley 6/2005 reguladora de la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía. Hemos de señalar al respecto, como recalca la sentencia del Juzgado de lo Contencioso número 7, que la publicidad institucional ha sido adjudicada a través de contratos, siguiéndose un procedimiento de contratación y actos administrativos que lo justifican respetándose las normas procedimentales.

Cómo ya expusimos en nuestro escrito de contestación, la actora pudo haber impugnado las adjudicaciones en su momento, pero no podemos compartir la tesis de contrario, al no observarse discriminación a la recurrente por parte de mi representada y mucho menos la existencia de vía de hecho.

Siendo jurisprudencia consolidada la que establece que para apreciar la existencia de una vía de hecho debe prescindirse del procedimiento legalmente establecido o de sus requisitos sustanciales.

En el presente caso y por lo que respecta a la Excm. Diputación Provincial se siguió el procedimiento legalmente establecido, pues la Diputación adjudicó contratos menores de publicidad institucional de acuerdo con la normativa recogida en el Decreto Legislativo 3/2011 Ley de Contratos del Sector Público y en la Ley 6/2005 Reguladora de la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas.

De esta forma, ha existido un procedimiento administrativo en el que se han observado todos los requisitos de legalidad aplicables, y por tanto, no estamos ante un supuesto de vía de hecho, ya que para que ésta sea apreciada, la falta de cobertura jurídica de la actuación de la Administración ha de ser manifiesta.....

En la contratación se siguió el procedimiento legalmente establecido para la adjudicación de los contratos, de conformidad con el RD Legislativo 3/2011 por el que se aprueba el



Código Seguro De Verificación:		Fecha	19/12/2022
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA		
	CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL		
	MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ		
Url De Verificación		Página	11/24



Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), mediante la utilización de la figura del contrato menor, que por razón de la cuantía nada obsta a que se pueda recurrir a esta figura contractual regulada en la ley.

Así dispone el artículo 138 del TRLCSP: “Se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 206 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.”

Por su parte el artículo 111 del TRLCSP, señala: “En los contratos menores definidos en el artículo 138.3, la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.”

En cuanto a la formalización de este tipo de contratos señala el artículo 156 del TRLCSP: “En el caso de los contratos menores definidos en el artículo 138.3 se estará, en cuanto a su formalización, a lo dispuesto en el artículo 111.”

En cuanto a la Ley 6/2005, de 8 de abril, reguladora de la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía, esta garantiza una serie de principios que deben regir en la contratación de la publicidad institucional de forma que el artículo 4.3 de la Ley 6/2005 señala:

“En todo caso, deberá garantizarse la libre concurrencia, así como la transparencia, eficacia y rentabilidad en la asignación de los recursos económicos.”

A mayor abundamiento, el modo de actuar de la Administración es perfectamente lícito y debemos tener en cuenta que el informe de Tesorería no desvirtúa la utilización del contrato menor, dado que es imposible para la Administración conocer de antemano el éxito o necesidad que requiere

cada campaña publicitaria, puesto que cada una de ellas se realiza de forma individualizada. Por ello, se van suscribiendo estos contratos de forma sucesiva según las necesidades puntuales a efectos de publicidad institucional.

Asimismo, la recurrente hace referencia al incumplimiento de la normativa de transparencia, ante ello hemos de señalar que los contratos de publicidad institucional se encuentran publicados en la Web de la Diputación Provincial de Málaga, y en cualquier caso, no son objeto de este pleito tales

cuestiones que, en su caso, pudieron ser depuradas, mediante los cauces previstos en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y en la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía.

Por lo expuesto, no existe la vía de hecho alegada de contrario al haberse adjudicado dichos contratos de publicidad institucional, observándose los requisitos legales”

Sobre la supuesta vulneración del artículo 14 y artículo 20 de la Constitución Española.

Se alega de contrario una supuesta vulneración de los derechos fundamentales, que se ampara simplemente en el hecho de no haber sido adjudicataria de publicidad institucional por parte de esta Administración. En este sentido, hemos de señalar que en las adjudicaciones se tiene en cuenta además del tráfico de lectores en los medios, la especialidad de la materia que se publicita en relación con la implantación del medio y ello tiene su fundamento en la rentabilidad de los recursos económicos. De tal forma que la no contratación de publicidad institucional con El Observador, no tiene su fundamento en una actuación discriminatoria por parte de la Corporación Provincial, sino que al ser cada campaña individualizada y pretendiéndose garantizar el éxito de la misma, se realiza



Código Seguro De Verificación:		Fecha	19/12/2022
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ		
Url De Verificación		Página	12/24



un estudio previo de los destinatarios que deben recibir la publicidad según la temática e implantación del medio, en relación con la materia que se publicita.

De contrario, se alega un supuesto agravio comparativo en relación con otros medios que sí han sido adjudicatarios de publicidad institucional.

Debemos rechazar la postura que sostiene la actora de discriminación y vulneración del artículo 14 de la CE, pues para que pueda ser contemplada tal discriminación sostiene el TC que ante un supuesto idéntico debe darse un tratamiento diferenciado.

En este caso el tratamiento diferenciado consistente en contratar publicidad con unos medios u otros tiene su fundamento en el diferente ámbito o tráfico de lectores, de forma que las circunstancias e implantación en un ámbito concreto, de la revista El Observador de Málaga no son las mismas que la de los medios que han resultado adjudicatarios de publicidad institucional.

En este sentido la STC núm. 119/2002 de 20 mayo. RTC 2002\119:

“La discriminación que prohíbe el art. 14 ha de darse ante situaciones iguales que requieran por ello igual tratamiento; pero cuando son plurales las circunstancias concretas y la ley atribuye al juzgador la apreciación de las mismas, sin posibilidad de generalizaciones ni de juicios abstractos, no es posible invocar el principio de igualdad por faltar el presupuesto que requiere su aplicación.

(...) Con arreglo a la jurisprudencia de este Tribunal (ya desde las Sentencias 22/1981, de 2 de julio [RTC 1981, 22] , 34/1981, de 10 noviembre [RTC 1981, 34] , o 19/1982, de 5 de mayo [RTC 1982, 19] , por ejemplo), el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento normativo igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica...”

Respecto la vulneración del artículo 14 de la CE en un supuesto similar al que nos ocupa, en el que se acciona por vía de hecho y alegando vulneración del artículo 14 de la CE un medio informativo, por no ser beneficiario de publicidad institucional, destaca la reciente y ya mencionada STS de 30 de mayo de 2017 núm. 965/2017 de 30 mayo. RJ 2017\2740, que sienta la siguiente doctrina:

“Recordemos que el principio de igualdad no impone un tratamiento igual con desdén de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, porque no toda desigualdad supone una lesión del artículo 14 de la CE (RCL 1978, 2836) , únicamente se produce la vulneración de la igualdad cuando no se pone de manifiesto esa justificación objetiva y razonable, pues sin ese elemento diferenciador objetivo, efectivamente, la actuación podría ser tildada de arbitraria.

De modo que el aquietamiento con la adjudicación de los sucesivos contratos sobre publicidad institucional, y la impugnación años después, como es el caso, haciendo esa mirada al pasado que se concreta en tres ejercicios, por muchos esfuerzos argumentales que realice la mercantil recurrente, dificultan extraordinariamente alcanzar el detalle y la consistencia necesaria sobre la vulneración que se alega. Repárese que habría de analizarse, en cada caso, atendido el tipo de contrato y el modo de adjudicación, si se trata de situaciones iguales o similares, si se produjo diferente trato y si no había justificación razonable para ello.

Sólo así se podría determinar, como señala la STC 147/2014, de 22 de septiembre de 2014 (RTC 2014, 147) , siguiendo lo declarado en las SSTC 104/2014, de 23 de junio (RTC 2014, 104) y 130/2014, de 21 de julio (RTC 2014, 130), atendida la motivación, el precio, los costes y la implantación del medio, si se ha producido ese trato discriminatorio.....



Código Seguro De Verificación:		Fecha	19/12/2022
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA		
	CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL		
	MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ		
Url De Verificación		Página	13/24



Hace especial hincapié la parte actora en compararse con otros medios de comunicación, para sostener la supuesta vulneración que alega. Resulta necesario observar lo dispuesto en el artículo 4.3 de la Ley 6/2005, que habla de la rentabilidad en la asignación de los recursos económicos. Puesbien, dicha rentabilidad en la asignación de los recursos económicos deberá ser tenido en cuenta en estos procedimientos de adjudicación, por lo que se le reconoce a la Administración cierta discrecionalidad a la hora de decantarse por publicitarse en un medio u otro atendiendo a la rentabilidad de los recursos económicos que se persiguen con las diferentes campañas publicitarias, tal y como se señalaba en el Informe de la Dirección General de la Excm. Diputación Provincial de Málaga que se acompañó al escrito de contestación de demanda.

Así, la asignación de cuota de publicidad institucional a determinados medios, ha obedecido a las audiencias y a las necesidades que exigían el éxito de las diferentes campañas publicitarias, teniendo en cuenta la implantación del medio adjudicatario de publicidad institucional en diversos sectores de la sociedad, persiguiéndose una mayor eficacia de la campaña publicitaria según los potenciales destinatarios....

En consecuencia, no cabe más que rechazar el razonamiento que se aduce de contrario, puesto que la no inclusión de El Observador entre los medios a los que se les ha asignado una cuota de publicidad institucional, no es causa de discriminación alguna. El recurrente, pretende atribuirse un derecho que ni mucho menos es absoluto como parece entenderse de contrario de forma errónea, pues deben ser ponderados la eficiencia de los recursos económicos y la eficacia de la campaña publicitaria.

Tal y como expone la recurrente, El Observador de Málaga desde su fundación e inicio de su actividad en 1987 nunca ha realizado contratación ni ha sido adjudicatario de publicidad institucional con la Excm. Diputación Provincial de Málaga, por ello, resulta cuanto menos llamativo que la demandante ejercite la acción objeto de esta litis en el año 2017 (30 años después del inicio de su actividad), y solicite de la Excm. Diputación Provincial de Málaga un informe donde se certifiquen obligaciones reconocidas y liquidadas por esta Administración desde el año 2012 con cargo a las correspondientes aplicaciones presupuestarias o a su contabilidad general relativa a la difusión de publicidad institucional. Y ello, sin entrar a valorar la elucubraciones políticas realizadas de contrario en el escrito de interposición de la apelación, pues entendemos que los razonamientos vertidos por la contraparte, en este aspecto, se desacreditan por sí mismos.

La recurrente entiende que hay una desigualdad injustificada de trato, llegando a tal conclusión porque considera que hay medios de comunicación a los que se le ha sido asignada publicidad, que tienen (según la actora) menos audiencia que El Observador. Ante esta aseveración, hemos de tener en cuenta, en primer lugar, que de contrario no se ha conseguido probar tal índice de audiencia, y en cualquiera caso, lo que se pretende con la campaña publicitaria es que la misma sea exitosa, así, se atiende a la especialidad y temática del medio para asignarle la publicidad en consonancia. En consecuencia, no puede compararse la actora, con un medio de una localidad geográfica concreta, o de un ámbito muy específico.

Por ello, debemos rechazar la conclusión a la que se llega de contrario, puesto que como ya hemos expuesto, los medios a los que se les asigna publicidad institucional tienen unos índices de audiencia considerables en sus ámbitos de implantación.

Descartada la vulneración del artículo 14 de la CE con la actuación de la Administración demandada, debemos centrarnos ahora en la supuesta vulneración del artículo 20 de la CE alegado por la actora. En concreto basa su argumentación en la STC 104/2014 de 23 de



Código Seguro De Verificación:		Fecha	19/12/2022
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ		
Url De Verificación		Página	14/24



junio, el desarrollo argumental de los Fundamentos Jurídicos 3 a 5 aparece además contrario a la propia doctrina constitucional en que se apoya. Así, hemos de acudir a la STC 14/2003, de 28 de enero (LA LEY 1115/2003), que 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”.

Alega también la “Prescripción de las cantidades reclamadas. El plazo para la reclamación de deudas de la Administración es de 4 años de acuerdo con la Ley General Presupuestaria, 47/2003, de 26 de noviembre, artículo 25:

“Salvo lo establecido por leyes especiales, prescribirán a los cuatro años:

a) El derecho al reconocimiento o liquidación por la Hacienda Pública estatal de toda obligación que no se hubiese solicitado con la presentación de los documentos justificativos. El plazo se contará desde la fecha en que se concluyó el servicio o la prestación determinante de la obligación o desde el día en que el derecho pudo ejercitarse.

b) El derecho a exigir el pago de las obligaciones ya reconocidas o liquidadas, si no fuese reclamado por los acreedores legítimos o sus derechohabientes. El plazo se contará desde la fecha de notificación, del reconocimiento o liquidación de la respectiva obligación.

2. Con la expresada salvedad en favor de leyes especiales, la prescripción se interrumpirá conforme a las disposiciones del Código Civil.

3. Las obligaciones a cargo de la Hacienda Pública estatal que hayan prescrito, serán baja en las respectivas cuentas, previa tramitación del oportuno expediente.”

En el mismo sentido, la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 9 Sep. 2010, Rec. 2938/2009 y la STS de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 23 Ene. 2009, Rec. 95/2006.

Termina solicitando a la Sala que desestime el recurso, confirmando la Sentencia dictada, con expresa condena en costas a la apelante.”

TERCERO.- Conforme al artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicado supletoriamente al proceso contencioso administrativo, el recurso de apelación, puede suponer un nuevo examen de las actuaciones realizadas por la sentencia dictada en primera instancia de acuerdo con los motivos impugnatorios que se articulan en el mismo, lo que hace que los Tribunales de segunda instancia limiten el conocimiento de lo litigioso al examen y valoración de sus motivos de apelación, sin que sea preciso un examen completo y por segunda vez de todo lo actuado en la instancia.



Código Seguro De Verificación:		Fecha	19/12/2022
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA		
	CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL		
	MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ		
Url De Verificación		Página	15/24



En este sentido, el Tribunal Supremo en distintas ocasiones, cuando era competente para conocer del antiguo recurso de apelación frente a las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso, señaló en varias ocasiones que el recurso de apelación ha de tender a hacer valer los motivos por los que una decisión jurisdiccional dictada en la instancia es jurídicamente vulnerable. Así la STS del 15 de julio de 2009, Recurso: 1308/1988, FD 2º, o la STS 4595/2014 de 7/11/2014, REC 3504/2012, que en su FD 3º, dice:

“Como señala para un caso semejante la sentencia de la Sección Quinta de esta Sala de 22 de noviembre 7 de diciembre de 2010 (casación 5951/2006), que cita otros pronunciamientos anteriores,

<< [el] método seguido por la representación del recurrente sería reprobable incluso si se tratase aquí de un recurso de apelación, pues aunque en este pueden ser replanteados y revisados todos los aspectos fácticos y jurídicos de la controversia, su articulación no puede consistir en una mera reiteración de la demanda. Pero la técnica empleada resulta de todo punto inaceptable tratándose, como aquí sucede, de un recurso de casación, pues éste no constituye una segunda instancia sino un juicio a la sentencia; esto es, una vía singular de impugnación tendente a constatar si es o no ajustada a derecho la interpretación y aplicación de las normas realizada por el Tribunal de instancia. Y mal puede este Tribunal Supremo realizar esa labor si el recurso de casación no trata de rebatir o desvirtuar las razones dadas en la sentencia, sino que, sin mencionarlas siquiera, se limita a reproducir de forma prácticamente literal lo alegado en la demanda >>...”

La finalidad del recurso de apelación ha de ser la de demostrar que la sentencia de la que se disiente ha incurrido en errónea aplicación de las normas, o en incongruencia, o en inaplicación de la normativa procedente; o en aportar cualesquiera otras razones que tiendan a su revocación con una base sustancial; ya que tal recurso, promotor de una segunda instancia, no tiene por objeto una mera repetición del proceso de la primera instancia ante el Tribunal "ad quem" sino una verdadera revisión de la sentencia apelada (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1997, de 15 de julio y 22 de mayo de 1996, 24 de octubre de 1995 etc.).

Por otro lado, el recurso de apelación permite discutir la valoración que de la prueba practicada hizo el juzgador de instancia. Sin embargo, la facultad revisora por el Tribunal "ad quem" de la prueba realizada por el juzgado de instancia debe ejercitarse con ponderación, en tanto que fue aquel órgano quien las realizó con inmediación y por tanto dispone de una percepción directa de aquellas, percepción inmediata de la que carece la Sala de Apelación, salvo siquiera de la prueba documental. En este caso el tribunal "ad quem" podrá entrar a valorar la práctica de las diligencias de prueba practicadas defectuosamente, se entiende por infracción de la regulación específica de las mismas, fácilmente constatable, así como de aquellas diligencias de prueba cuya valoración sea notoriamente errónea; esto es cuya valoración se revele como equivocada sin esfuerzo.

Como ha señalado nuestro Tribunal en aplicación de lo expuesto por el Tribunal Supremo por ejemplo en Sentencia de 11 de abril de 2006, la fijación de los hechos constituye competencia exclusiva del Tribunal de instancia, lo que obliga a atenerse a la apreciación de la prueba hecha por éste, salvo que se alegue el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en relación con la proposición o la práctica de prueba, la incongruencia o falta de motivación de la sentencia; se invoque oportunamente como infringida una norma que deba ser observada en la valoración de la prueba ya se trate de las normas que afectan a la eficacia de un concreto medio probatorio, o de las reglas que disciplinan la carga de la prueba o la formulación de presunciones; o, finalmente, se



Código Seguro De Verificación:		Fecha	19/12/2022
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA		
	CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL		
	MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ		
Url De Verificación		Página	16/24



alegue que el resultado de ésta es arbitrario, inverosímil o falto de razonabilidad, pues en este caso debería estimarse infringido el principio del ordenamiento que obliga al juzgador a apreciar la prueba sujetándose a las reglas de la sana crítica (v. gr., sentencia de 21 de diciembre de 1999).

También el Tribunal Constitucional en su sentencia de 27 de diciembre de 1994, afirma que el no incorporar un estudio crítico de las argumentaciones de la sentencia apelada es omisión que debe conducir a la desestimación del recurso de apelación.

Con esta doctrina jurisprudencial se pretende evitar un eterno retorno sobre los planteamientos dialécticos resueltos por el juzgador a quo, cuando por el apelante no se ha pretendido en la alzada un juicio analítico razonado de la motivación jurídica que integra la sentencia combatida.

CUARTO.- En tres de sus sentencias el Tribunal Constitucional –SSTC 104/2014, de 23 de junio; 130/2014, de 21 de julio, y 160/2014, de 6 de octubre–, el Alto Tribunal estableció una

doctrina constitucional sobre 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].

Dicha doctrina, en palabras del propio Tribunal Constitucional, se podría resumir de la siguiente manera:

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.

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.

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



Código Seguro De Verificación:		Fecha	19/12/2022
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ		
Url De Verificación		Página	17/24



existencia misma de una línea editorial constituye únicamente, en principio y a los efectos de la discriminación por ese factor, un presupuesto de la eventual vulneración del art. 14 CE, pero no un indicio que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto (FJ 7).

La 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.

Así pues el Tribunal Constitucional considera discriminatorio que un medio de comunicación social quede excluido del reparto de publicidad institucional.

El núcleo del razonamiento del Tribunal Constitucional y de la estimación del recurso de amparo se basa en la vinculación de la publicidad institucional con el derecho de los ciudadanos a recibir información veraz comprendido en el artículo 20.1.d) de la Constitución, de modo que la comunicación o información emanada de los poderes públicos (publicidad institucional), que tiene un evidente interés general, debe canalizarse en términos de igualdad y no discriminación a través de los distintos medios de comunicación social (FJ. 3, STC 104/2014). De ahí se deriva que los medios de comunicación social ostentan una serie de derechos frente a la Administración que difunde la información pública, que se articulan en el momento de la contratación publicitaria. A juicio del Tribunal Constitucional, los artículos 14 y 20.1.d) de la Constitución imponen un reparto equitativo de la publicidad conforme a la legalidad vigente, con criterios de transparencia, igualdad, objetividad, publicidad y libre concurrencia. Cualquier violación injustificada de estos principios pone en peligro la independencia o incluso la supervivencia de los medios de comunicación social (FJ. 4, STC 104/2014).

Centra así el conflicto en la violación del principio general de igualdad y no discriminación (primer inciso del artículo 14 de la Constitución) debiendo existir prueba, estudio de impacto o análisis económico, que justifique el diferente trato otorgado. Una justificación razonable que objete la decisión y permita someterla a un juicio de razonabilidad y proporcionalidad (FJ. 8, STC 104/2014).

Cuando el Tribunal Constitucional enumera los criterios que, a su juicio, deberían haberse valorado en una ponderación objetiva que nunca se realizó, es cuando indirectamente enumera el procedimiento de adjudicación al que recurrieron los Ayuntamientos demandados para el reparto de publicidad institucional, y que no fue otro que el contrato menor, sin expediente administrativo ni justificación que amparase la exclusión del encargo publicitario entre las diferentes cadenas radiofónicas. Sin embargo, no es el procedimiento contractual en sí mismo el que condiciona la admisión del recurso de amparo, obviamente, sino la diferencia injustificada de trato en el reparto de la publicidad institucional.

El magistrado González Rivas en la STC 104/2014 discrepa pues entiende que la discriminación en el reparto de publicidad institucional no vulnera el derecho fundamental de la libertad de información del artículo 20.1.d) de la Constitución, puesto que la publicidad institucional queda fuera del ámbito protegido por esta libertad. En



Código Seguro De Verificación:		Fecha	19/12/2022
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ		
Url De Verificación		Página	18/24



consecuencia, el fundamento de un trato igual en el reparto de publicidad institucional debe ponerse en conexión con el artículo 14 de la Constitución y con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9 y 103 del texto constitucional), pero no con un eventual derecho a recibir información veraz, que desenfoca por completo el objeto del recurso de amparo.

QUINTO.- La Ley 6/2005, de 8 de abril, reguladora de la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía, garantiza una serie de principios que deben regir en la contratación de la publicidad institucional de forma que el artículo 4.3 de la Ley 6/2005 señala:

“En todo caso, deberá garantizarse la libre concurrencia, así como la transparencia, eficacia y rentabilidad en la asignación de los recursos económicos.”

Como indica la apelante “del informe de la Tesorería General relativo a las obligaciones reconocidas y liquidadas desde junio 2012 hasta diciembre relativas a gastos de publicidad institucional aportado por la Administración demandada, se desprende que la Administración ha utilizado, la contratación menor, de manera sistemática contraviniendo los principios que debe regir todo procedimiento de contratación, libertad de acceso, publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato.”

Añade dicha parte que “hasta que no se celebra la prueba y la Administración remite el informe de tesorería esta parte desconoce cuántos contratos realiza la Administración, en qué momento, la cuantía de los procedimientos ya que la Administración como puede comprobarse en el relato de los hechos de nuestro escrito de demanda siempre se ha negado a proporcionar esa información, y la información publicada difiere de la realidad.” No cabe la menor duda de que el procedimiento utilizado para la adjudicación de la publicidad institucional por la Administración demandada y hoy apelada haya sido siempre (desde 2012 al menos) el mismo sin permitir una mínima participación en el procedimiento ni haber obtenido ni una sola adjudicación han afectado de una manera real y directa a la apelante al excluirse de la contratación de todo tipo de publicidad institucional.

Es indudable que la determinación de qué medios van a emplearse para la publicidad institucional de la Administración demandada es una potestad discrecional que debe ejercer dentro del marco que diseña la Ley (6/2005 en este caso) y el resto del ordenamiento jurídico. De la misma manera se ven afectados los principios que deben regir la contratación administrativa, recogidos en el artículo 132 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (principios de igualdad, transparencia y libre competencia)

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.

Como ya se ha anticipado mas arriba, el concepto de vía de hecho hace referencia no solo a la carencia absoluta de procedimiento o de alguno de sus trámites esenciales. También es aplicable a actuaciones materiales de la Administración gravemente viciadas, es decir, actuaciones burdas cercanas a la idea de "atropello" o abuso de la fuerza.

Las actuaciones realizadas por la demandada, de exclusión de la adjudicación de contratos sistemáticamente a la revista “El Observador” constituyen así una suerte de “vía de hecho”



Código Seguro De Verificación:		Fecha	19/12/2022
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ		
Url De Verificación		Página	19/24



mediante la cual la Diputación Provincial ha vulnerado los principios constitucionales de igualdad y no discriminación, así como el derecho a la información al no haberse dado a la demandante la posibilidad de participar en procedimiento de libre concurrencia alguno ni en otros procedimientos, infringiéndose igualmente el principio general de transparencia y resulta contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con los principios generales que deben respetarse en la actuación administrativa.

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.

Pues bien, de conformidad con todo lo expuesto, esta Sala estima que se ha producido una vía de hecho que ha perjudicado los intereses de la demandante. Por más que la contraparte afirme que la Diputación adjudicó contratos menores de publicidad institucional de acuerdo con la normativa recogida en el Decreto Legislativo 3/2011 Ley de Contratos del Sector Público y en la Ley 6/2005 Reguladora de la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas. E insista en que ha existido un procedimiento administrativo en el que se han observado todos los requisitos de legalidad aplicables. Si existe procedimiento. Si se han observado las formalidades. Pero no es de recibo que nunca haya existido un procedimiento de libre concurrencia, y, en todo caso, que ni uno solo de los múltiples contratos menores celebrados con empresas editoriales haya recaído en la actora. No contamos con informes que expliquen las razones por las que para cada campaña se opta por un o unos medios y se excluyen otros.

Para acreditar la existencia de la discriminación en la contratación de publicidad institucional, dadas las dificultades probatorias existentes al respecto, con la sentencia del Tribunal Constitucional 104/2014, de 23 de junio, se ha de considerar que basta con que exista una prueba indiciaria de ello, derivada de la no percepción de los fondos existentes, siendo a partir de este momento la Administración, en una suerte de inversión de la carga de la prueba, la que debe demostrar lo contrario.

Dicha sentencia expresa al respecto lo siguiente:

"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 (RTC 1981, 38), hemos establecido que incumbe a la parte demandada en el proceso judicial acreditar que su decisión obedece a



Código Seguro De Verificación:		Fecha	19/12/2022
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ		
Url De Verificación		Página	20/24



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 [RTC 1997, 90], y 66/2002, de 21 de marzo [RTC 2002, 66]). 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 [RTC 2001, 207]). 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".

En este caso la Diputación no ha probado, justificado, motivado ni argumentado de forma convincente los motivos que hacen que la revista el Observador, nunca desde 1987 haya sido idónea para la contratación de publicidad institucional. Así de los 4.592 contratos menores realizados por la Administración desde el año 2012 hasta el año 2019 (cuyo gasto público total ha ascendido a 10.023.778,04 euros) a la Revista el Observador no le han adjudicado ninguno, no le han solicitado en ninguna ocasión un presupuesto y como toda la contratación la realizan por contratos menores no ha tenido la oportunidad de participar en ningún procedimiento de contratación abierto.

El indicado principio de igualdad ha de presidir y aplicarse a la actividad de publicidad institucional y debe ser, por tanto, respetado por los poderes públicos. Este criterio sostenido por las sentencias de la antigua Sala Quinta de este Tribunal Supremo, de 8 de julio de 1987 y 14 de enero de 1988, que, al resolver sobre la negativa a insertar publicidad institucional en determinados diarios, declararon que, no obstante la falta de concreta regulación legal, el artículo 53.1 de la vigente Constitución obliga a los poderes públicos a dispensar una igualdad por el artículo 14 de la propia Constitución que proscribiera cualquier discriminación por razón de opinión o de características y circunstancias personales, salvo que hubiese causas justificadoras suficientes, razonables e imparciales.

De la prueba practicada, se deduce que ha existido discriminación en el acceso de la entidad apelante a la información institucional, lo que acarrea infracción de lo dispuesto en la Ley 6/2005 Reguladora de la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía al no respetarse los principios de libre concurrencia, transparencia, eficacia y rentabilidad, así como los derechos de igualdad y no discriminación; porque no se le ha dado oportunidad de participar en procedimiento de libre concurrencia alguno (art. 157 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por R.D. Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), ni en otros procedimientos, infringiéndose el principio de transparencia, y vulnerando el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación (art. 14 CE) así como el derecho de información (art.



Código Seguro De Verificación:		Fecha	19/12/2022
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ		
Url De Verificación		Página	21/24



20.1.c CE), como ha declarado el TC en las sentencias 104/2014, de 23 de junio , 130/2014, de 21 de julio y 160/2014, de 6 de octubre ...".

SEXTO.- Como ya indicara la STS, Contencioso sección 6 del 16 de diciembre de 1997 al haber, pues, actuado discriminatoriamente la Administración por negar, sin justificación, publicidad institucional al la demandante, estamos ante un funcionamiento anormal del servicio público, producir directamente un perjuicio, evaluable económicamente, sin que haya concurrido fuerza mayor, obliga a la Administración a indemnizarlo, pues tal indemnización constituye el medio idóneo para el pleno restablecimiento del orden jurídico perturbado por el acto lesivo. como solicita la actora que, no obstante, ha demandado que la concrección del quantum indemnizatorio quede pospuesto para ser realizado en ejecución de sentencia.

Pues bien para la futura determinación de la indemnización entre otros criterios:

- 1) Habrá que tener en cuenta el instituto de la prescripción
- 2) Se puede considerar como elemento prudencialmente indicativo una ratio de proporcionalidad respecto de los ingresos recibidos por otros medios de publicación de tirada y contenido semejante . Y
- 3) Deberá valorarse tanto la actuación de la Administración demandada como la de la propia actora y ahora apelante dejando transcurrir largos años sin impugnar contratos concedidos ni la vía de hecho aquí denunciada.

SEPTIMO.- A la vista de cuanto antecede la Sala estima el recurso de apelación y , por tanto, el recurso contencioso-administrativo en su día interpuesto.

En cuanto a las costas el artículo 139. 1. de la LJCA 1998 establece que:

"1. En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad..".

2. En las demás instancias o grados se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición. "

A si pues procede imponer las costas de primera instancia a la Administración demandada hasta un límite de 2.000 euros - ya que según el apdo. 4 del mismo precepto "La imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima-, sin efectuar una especial imposición de las costas de esta segunda instancia.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,



Código Seguro De Verificación:		Fecha	19/12/2022
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ		
Url De Verificación		Página	22/24



FALLAMOS

Estimar el presente recurso de apelación con anulación de la sentencia de instancia .

Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por AIRON SESENTA S.L. contra la DIPUTACION PROVINCIAL DE MÁLAGA, frente a la desestimación presunta del requerimiento de cesación de la actuación en vía de hecho por discriminación en la contratación de la publicidad institucional del Ayuntamiento de Málaga, presentado el día 2 de octubre de 2017, posteriormente ampliado a la resolución de 4 de diciembre de 2017, consistente en Decreto nº 3448/17de la Diputación de Málaga por el que se desestimaba la petición formulada por la recurrente, declarando el derecho de esta a ser indemnizada en la cuantía que se fije en ejecución de Sentencia.

En consecuencia se declara constitutiva de vía de hecho la actuación de la demandada al no haber contratado publicidad institucional nunca con la actora ni haberle dado siquiera la posibilidad de optar a ella con vulneración del principio de no discriminación, condenándola a que cese en la vía de hecho, debiendo indemnizar a aquélla en la cuantía que se fije en ejecución de sentencia.

Con imposición de las costas de primera instancia a la Administración demandada con el límite expresado y sin que hagamos una especial imposición de las costas de esta segunda instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndolas que contra la misma cabe interponer Recurso de Casación que se preparará ante esta Sala en el plazo de 30 días, contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito que deberá, en apartados separados que se encabezarán con un epígrafe expresivo de aquello de lo que tratan, exponer que se da cumplimiento a los requisitos impuestos en el apartado nº 2 del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por los únicos motivos recogidos en el primer párrafo del apartado 3 del artículo 86 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia cuando concurren entre otras, las circunstancias recogidas en el apartado 2º del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y se presuma interés casacional objetivo en los términos recogidos en el apartado 3 de dicho artículo 88 de la citada Ley), previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Así por esta nuestra Sentencia, Juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



Código Seguro De Verificación:	...	Fecha	19/12/2022
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA		
	CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL		
	MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ		
Url De Verificación	...	Página	23/24



PUBLICACION.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, la Letrada de la Administración de Justicia. Doy fe.

revista de culturas urbanas
El Observador
www.revistaelobservador.com



Código Seguro De Verificación:		Fecha	19/12/2022
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA CRISTINA PAEZ MARTINEZ-VIREL MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ		
Url De Verificación		Página	24/24