

Expte.

DI-2640/2016-5

**SR. ALCALDE-PRESIDENTE DEL
AYUNTAMIENTO DE ALCAÑIZ
Plaza de España 1
44600 ALCAÑIZ
TERUEL**

ASUNTO: Contratos de publicidad institucional.

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 11 de noviembre de 2016 tuvo entrada en esta Institución una queja en la que se hacía alusión a la necesidad de que, en el caso del Ayuntamiento de Alcañiz, existiera un reparto equitativo del dinero público destinado a publicidad institucional para que llegara a varios medios de comunicación, no sólo a uno o unos determinados.

Se solicitaba, igualmente, información sobre los criterios del Ayuntamiento de Alcañiz para establecer las cantidades destinadas a publicidad institucional y los medios de comunicación a través de los que éste se publicitaba.

SEGUNDO.- A la vista de la queja presentada, se acordó admitirla a supervisión, efectuando la oportuna asignación del expediente para su instrucción. Con tal objeto, se envió con fecha 22 de noviembre de 2016 un escrito al Ayuntamiento de Alcañiz recabando información acerca de la cuestión planteada.

TERCERO.- La respuesta del Ayuntamiento, tras dos recordatorios realizados en fechas 28 de diciembre de 2016 y 31 de enero de 2017, se recibió el 6 de febrero de 2017, y en ella hace constar, textualmente, lo siguiente:

“Con relación al expediente DI-2640/2016-5 en el que se solicita información sobre contratación y distribución de publicidad en medios de comunicación por el Ayuntamiento de Alcañiz, le comunico que este Ayuntamiento tramitó expediente de contratación en el ejercicio 2016 del servicio de publicidad institucional con el objetivo de dar salida a toda la publicidad que genera esta Administración en medios de comunicación que tengan distribución y difusión en la Ciudad, tal y como se indicó por los servicios de intervención con objeto de evitar el fraccionamiento de contratos.

De esta manera se tramitó expediente de contratación de forma ordinaria, mediante procedimiento abierto, publicándose anuncio de la licitación en el Boletín Oficial de la Provincia de Teruel y perfil de contratante del Gobierno de Aragón, a los

efectos de que en el plazo legalmente establecido pudieran presentar oferta todas aquellas empresas solventes que estuvieran interesadas.

La empresa adjudicataria fue Promotora Cultural del Bajo Aragón S.L., con quien al cumplir lo previsto en los Pliegos de condiciones administrativas particulares y de prescripciones técnicas, se suscribió el contrato cuya copia se adjunta.

También de forma ocasional y siempre dentro de los límites del contrato menor, se contrata directamente por la Alcaldía algunas inserciones publicitarias en otros medios de comunicación con cobertura local/regional (Diario de Teruel, El Periódico de Aragón, Heraldo de Aragón, Cadena Cope, Bajo Aragón Televisión y revistas de interés) por razones debidamente justificadas.

De lo anteriormente reseñado es fácil adivinar que de acuerdo con la normativa de contratación no puede establecerse un reparto del dinero que se destina a publicidad institucional entre los distintos medios locales, sin perjuicio de que, como se ha indicado, no toda la información dimanante del Ayuntamiento se publica en un único medio.

Por último, en cuanto a los criterios en los que se basa el Ayuntamiento para determinar qué cantidades destina a publicidad institucional, es evidente que se trata de un importe que se fija cada año en los Presupuestos, importe que en 2012 fue reducido drásticamente paralizando la una emisora municipal que financiaba el Ayuntamiento de Alcañiz, por otro lado la contratación a mediante un pliego concurso publico limita los gastos de publicidad ya que ahora hay una cantidad económica marcada por un pliego que antes no existía y daba lugar a una generación de facturas de diferentes medios y eventos que ocasionaba dificultades para el control por parte de los servicios de intervención.

En la determinación de esa cantidad se tienen en cuenta los eventos que organiza anualmente el Ayuntamiento y que están previstos de antemano (ferias, San Jorge, Fiestas Patronales...), campañas publicitarias que se prevé realizar en la anualidad (concienciación limpieza vías públicas, publicidad área de turismo....), la actividad ordinaria informativa, etc., siendo en todo caso un importe que se determina en virtud de la potestad de autoorganización que posee esta Administración Local sin que tenga que atenerse a un parámetro predeterminado.

Por último, reseñar que es fundamental garantizar la transparencia municipal, así como mantener informados a los ciudadanos de las diferentes actuaciones y eventos que se realizan por el Ayuntamiento de Alcañiz.

De lo que se le informa para su conocimiento, estando abierto a facilitar cualquier otro dato que sea requerido.”

Se acompañaba a esta contestación copia del expediente de contratación de servicios de publicidad institucional correspondiente al año 2016 llevado a cabo por el Ayuntamiento de Alcañiz.

CUARTO.- En fecha 15 de febrero de 2017, se dio traslado del informe remitido por el Ayuntamiento al presentador de la queja con el objeto de que, si así lo estimaba, presentara alegaciones, lo que tuvo lugar en virtud de escrito de fecha 8 de marzo de 2017.

II.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- Es objeto de estudio en el presente expediente la actuación desarrollada por el Ayuntamiento de Alcañiz en relación con el reparto en medios de comunicación de su actividad de “comunicación y publicidad institucional”. En concreto, el examen se circunscribe al desarrollo de esta labor durante el año 2016.

Al respecto, de acuerdo con el contenido de la queja, el interesado solicitaba conocer los criterios con arreglo a los cuales el Consistorio alcañizano procedía al reparto de publicidad institucional en los medios de comunicación. Subyace en la queja la duda de si este reparto era o no equitativo, ello en la medida en que, al parecer, los medios a los que se confía esta actividad serían siempre los mismos, con exclusión de otros.

Por su parte, el Ayuntamiento de Alcañiz informó que, en lo concerniente al año 2016, la selección del medio se había llevado a cabo previa contratación administrativa mediante procedimiento abierto al que, por su parte, únicamente había concurrido un licitador. Además, también se habrían celebrado, de manera ocasional y por motivos justificados, varios contratos menores con otros medios de comunicación.

SEGUNDA.- Cuestiones relativas a la publicidad institucional y su reparto han sido objeto de tratamiento por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias.

En cuanto a su definición y relevancia jurídica, acudimos a la STC 104/2014, de 23 de junio de 2014, en cuyo Fundamento Jurídico 3 se indica que:

“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 con ocasión de la contratación y difusión de esa información pública”.

Y, en cuanto a los actos de reparto de publicidad instituciones, dispone su Fundamento Jurídico 4 que:

“...están comprometidos en esta tipología de controversias todos 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 en el ejercicio de su función informativa (arts. 14 y 20.1 a) y d) CE). Desde ese prisma, debe recordarse que los medios de comunicación operan en concurrencia competitiva y que la Administración debe afianzarla (...).

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 modo 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”

Una vez expuestas las líneas generales de lo que es la publicidad institucional, los derechos y obligaciones de las partes concernidas -Administración, medios de comunicación y administrados- así como los criterios por los que se debe regir su reparto, atendemos ahora al tratamiento legal dado por el legislador a estas cuestiones.

TERCERA.- Así, en el ámbito de la Administración General del Estado y otras entidades integradas en el sector público estatal, resulta de aplicación la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional.

Por su parte, en el ámbito de Aragón y su Administración autonómica y local, hemos de acudir a la Ley 16/2003, de 24 de marzo, sobre la actividad publicitaria de las Administraciones Públicas de Aragón.

En lo que aquí interesa, dispone su artículo 5:

“1. Los contratos de publicidad, difusión publicitaria y creación en los que fueren parte las administraciones, los organismos y las empresas públicas comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, se ajustarán a los principios contenidos en la misma y a lo dispuesto en la normativa vigente en materia de contratación de las Administraciones públicas, con respeto a los principios de libre concurrencia e igualdad entre licitadores.

2. Ninguna empresa informativa podrá ser excluida de la publicidad de las Administraciones Públicas de Aragón o de sus organismos públicos y sociedades por razones distintas a las objetivas que guían la inversión publicitaria, como son la rentabilidad del impacto o la adecuación al público objetivo.”

Del contenido de la queja que nos ocupa se desprendería una posible actuación inadecuada del Ayuntamiento de Alcañiz a la hora de proceder al reparto de su publicidad institucional, de manera que se favorecería a unos medios de comunicación en detrimento de otros.

En este sentido, en la medida en que, de manera principal, el Consistorio alcañizano optó por llevar a cabo en el año 2016 la actividad de publicidad institucional mediante contratación por procedimiento abierto -que es fórmula válida para la consecución de la gestión de su publicidad institucional-, las irregularidades que cabría hallar según los términos de la queja se habrían de circunscribir a la redacción de unas condiciones contractuales en los que se observara una limitación del principio de libre concurrencia de licitadores. Es decir, que en los pliegos se recogiera alguna condición, cláusula, prescripción... que sólo pudiera ser cumplida por un único licitador de entre los a priori posibles de acuerdo con el objeto del contrato.

Hemos de indicar, al respecto, que este tipo de limitaciones resultan contrarias al principio de libre concurrencia en la contratación pública, que expresamente se establece en el art. 1 del 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:

“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar.”

(El subrayado es nuestro).

Y, en la misma dirección, en relación con el pliego de prescripciones técnicas dispone el art. 117.2 de la misma Ley que:

“Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.”

CUARTA.- En la queja objeto de este expediente se aludía, precisamente, al hecho de que con la redacción de los pliegos, en concreto, en cuanto a las actuaciones de publicidad institucional que los licitadores habrían de atender, se producía una limitación de posibles concurrentes ya que las prescripciones eran tan concretas y con unas características tan específicas que muy pocas personas o entidades podrían acudir al procedimiento de contratación al carecer de los medios suficientes para responder a los requerimientos del pliego de prescripciones técnicas. Se produciría, así, una exclusión, ab initio, de los posibles concurrentes.

Esta situación, en principio, podría resultar admisible en la medida en que lo que son las condiciones y prescripciones del contrato son aspectos del contrato respecto de las que el poder adjudicador dispone de capacidad de ordenación, según sus necesidades.

Ahora bien, esta capacidad de autoorganización tiene un límite, como es el que con ella no se coarte la libre concurrencia de licitadores al procedimiento, reduciéndose su número a uno sólo. A su vez es necesario que, en todo caso, las posibles restricciones a la libre concurrencia que pudieran darse por efecto de concreciones de las prescripciones o condiciones del contrato resulten debidamente justificadas.

QUINTA.- En el contrato de publicidad institucional del Ayuntamiento de Alcañiz el examen de la comparación de los estándares de libre concurrencia y correcta formulación de prescripciones técnicas y condiciones contractuales deben realizarse sobre los apartados identificados como 1 y 2 del pliego de prescripciones técnicas.

Así, dispone dicho pliego en los apartados mencionados lo siguiente:

“Las prescripciones técnicas de este contrato recomendadas por el técnico que suscribe son las siguientes:

1- Información General

- *Inserción de un mínimo de 2 páginas mensuales a color en un medio impreso de periodicidad/mínima bisemanal (dos veces por semana) y de distribución en puntos de venta de prensa de Alcañiz y su entorno comarcal. Pueden ser fraccionables en diferentes formatos, siempre y cuando la suma de todas las inserciones dé como resultado la superficie de las citadas 2 páginas mensuales.*
- *1 espacio municipal semanal, dedicado a información del Ayuntamiento de Alcañiz, en emisora de radio de FM cuya frecuencia pueda sintonizarse claramente y sin interferencias en todo el término municipal de Alcañiz. De una duración mínima de 15 minutos.*
- *1 espacio municipal trimestral, dedicado a información del Ayuntamiento de Alcañiz, en emisora de radio de FM cuya frecuencia pueda sintonizarse claramente y sin interferencias en todo el término municipal de Alcañiz. De una duración mínima de 30 minutos.*
- *Microespacios de información municipal de contenido audiovisual, sean difundidos a través de Televisión Digital Terrestre (TDT) o a través de internet (web), dedicados a información del Ayuntamiento de Alcañiz. De una duración mínima de 60 segundos.*
- *Ubicación de banners del Ayuntamiento de Alcañiz en las páginas web y páginas en redes sociales de los medios que presenten oferta, con enlaces a informaciones ubicadas en la web Ayuntamiento, www.alcaniz.es.*
- *Programa mensual de radio el día después a la realización del pleno ordinario en el cual se trataran los asuntos del orden del día y en el que participaran los portavoces de los grupos políticos con representación en el Ayuntamiento de Alcañiz.*

2- Eventos

Se cubrirán 11 eventos organizados por el Ayuntamiento de Alcañiz de carácter cultural, deportivo, festivo o de cualquier otra índole de interés social. La empresa adjudicataria realizará la difusión de cada evento mediante:

- *Un programa de radio en emisora de radio de FM cuya frecuencia pueda sintonizarse claramente y sin interferencias en todo el término municipal de Alcañiz, de una duración mínima de 15 minutos.*
- *Una página a color en un medio impreso de periodicidad mínima bisemanal (dos veces por semana) y de distribución en puntos de venta de prensa de Alcañiz y su entorno comarcal.*
- *50 cuñas publicitarias de entre 20 y 30 segundos de duración cada una, a emitir en espacios informativos de la franja horaria situada entre las 9:00 horas y las 21:00 horas, en emisora de radio de FM cuya frecuencia pueda sintonizarse claramente y*

sin interferencias en todo el término municipal de Alcañiz.

- Ubicación de banners en las páginas web y páginas en redes sociales de los medios que presenten oferta, con enlaces a informaciones ubicadas en la web del Ayuntamiento, www.alcaniz.es . por cada uno de los eventos que se detallan a continuación.

La difusión de cada uno de los eventos seleccionados se realizara entre las 72 y las 12 horas anteriores a que se inicie el evento a publicitar.”

El clausulado transcrito nos lleva a las siguientes reflexiones:

1ª) Las actividades licitadas abarcan tanto medios de comunicación radiofónicos como escritos y audiovisuales lo que, ya de por sí, supone una limitación en cuanto al número de posibles licitadores que pueden optar al concurso. Así, el establecer de manera acumulativa el cumplimiento de las diferentes formas en las que puede llevarse a cabo la emisión de publicidad institucional conlleva que el interesado necesariamente disponga o tenga fácil acceso a todas, de manera simultánea. Por otra parte, podría haberse pensado en la elaboración de lotes según la fórmula de difusión escogida (escrita, oral...), favoreciendo de esta manera el reparto de la actividad de comunicación institucional entre diferentes medios, lo que aquí no se ha hecho.

2ª) La repetida identificación y delimitación geográfica de la actividad objeto del contrato -Alcañiz y su comarca-, aunque comprensible en la medida en que los interesados presumiblemente siempre van a ser los vecinos de la localidad y su entorno, indirectamente supone una limitación en cuanto al libre acceso de licitadores al proceso de contratación. Y ello por cuanto resulta difícil pensar en entidades que carezcan de vinculación con los medios locales de comunicación para realizar adecuadamente el objeto del contrato. De esta manera, de facto, se produciría una restricción espacial del origen, ubicación, sede... de los posibles licitadores, precisamente, a favor de los de Alcañiz y comarca.

3ª) Los requerimientos sobre emisión y duración de la información acerca del Ayuntamiento de Alcañiz en el caso de difusión radiofónica son muy exigentes: un espacio semanal y otro trimestral de duración mínima de 15 y 30 minutos, respectivamente, en emisora FM y un programa mensual de radio el día después de la realización de los plenos municipales ordinarios para tratar asuntos del orden del día. Y, para el caso de eventos: un programa de radio en emisora de FM de duración mínima de 15 minutos y 50 cuñas publicitarias de entre 20 y 30 segundos cada en espacios informativos en una franja horaria de 9:00 a 21:00 horas.

Nuevamente, estos requerimientos para el cumplimiento del contrato resultan restrictivos del ejercicio del principio de libre concurrencia en la licitación dada la “escasez” de personas, entidades, plataformas de comunicación... que podrían cumplimentarlos: sólo un licitador local y con una estructura de medios de comunicación radiofónicos amplia y sobre la que disponga un poder directo de organización podría atenderlos.

4ª) Lo mismo que en el caso anterior cabe decir en cuanto a los requerimientos para publicidad audiovisual, ya en cuanto a los microespacios de contenido audiovisual, ya en cuanto a la ubicación de banners en páginas web y en

redes sociales “de los medios que presente oferta”.

5ª) El apartado correspondiente a “Eventos” forma parte del contrato ofertado, complementando al apartado dedicado a “Información General”, pudiendo haberse pensado, para facilitar el reparto de la publicidad institucional entre diversos medios de comunicación, su presentación en lotes diferenciados.

Por último, no podemos dejar de recordar que, finalmente, al citado procedimiento de contratación sólo se presentó un licitador; fue un grupo de comunicación con sede en Alcañiz, cuyo perfil se adecuaba perfectamente a los requerimientos solicitados en el contrato ya que contaba con un periódico bisemanal en la comarca, así como una -entre otras- emisora de radio FM en Alcañiz, con programación propia y boletines informativos a lo largo de todo el día, además de disponer de diario digital y plataforma multimedia con televisión digital on-line.

SEXTA.- Llegados a este punto, esta Institución considera oportuno sugerir al Ayuntamiento de Alcañiz que el contenido de los pliegos del contrato de publicidad institucional examinado se modifique para futuros procedimientos de contratación; ello con los siguientes objetivos:

- que se favorezca el reparto de la publicidad institucional ofrecida por el Ayuntamiento de Alcañiz entre varios medios de comunicación. Una fórmula apta para ello podría ser la división en lotes del objeto del contrato, v.g., por razón del tipo de información a transmitir, por razón del medio de comunicación empleado...

- que se asegure el cumplimiento de los principios de igualdad y libertad de concurrencia entre licitadores en el marco de la contratación pública a desarrollar por el Consistorio alcañizano en la materia aquí examinada.

Igualmente, en relación con aquellos contratos menores celebrados con igual objeto de publicidad institucional por el Ayuntamiento, se sugiere su publicación -de lo que no se tiene constancia-, para garantía de transparencia, conocimiento general y control.

III.- RESOLUCIÓN

Vistos los antecedentes de hecho y consideraciones realizadas, y en ejercicio de las facultades que a esta Institución confiere el artículo 22 de la Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón, he resuelto efectuar al Ayuntamiento de Alcañiz las siguientes **SUGERENCIAS:**

- Que, para futuros contratos de publicidad y comunicación institucional, se modifique el contenido de los pliegos de manera que se garanticen los principios de libre concurrencia de licitadores y de reparto de publicidad entre diferentes medios de comunicación.

- Que proceda a dar publicidad sobre los contratos menores celebrados con igual objeto de publicidad institucional.

Agradezco de antemano su colaboración y espero que en un plazo no

superior a un mes me comunique si acepta o no las Sugerencia formulada, indicándome, en este último supuesto, las razones en que funde su negativa.

Zaragoza, a 20 de abril de 2017

EL JUSTICIA DE ARAGÓN E.F.

FERNANDO GARCÍA VICENTE