

**T.S.J.CASTILLA-LEON CON/AD
VALLADOLID**

SENTENCIA: 01812/2016

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
VALLADOLID**

Procedimiento: AP RECURSO DE APELACION 0000441 /2016 MPC

Sobre: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

De D./ña. DIPUTACIÓN DE LEON
Representación D./D^a. JAVIER SUAREZ-QUIÑONES FERNANDEZ

Contra D./D^a. SERVICIOS GENERALES DE LA COMUNICACION Y GESTION, SL
Representación D./D^a. MARÍA ÁNGELES SÁNCHEZ BELTRÁN

SENTENCIA Nº 1812

ILMA. SRA. PRESIDENTA:

DOÑA ANA MARÍA MARTÍNEZ OLALLA

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DOÑA ENCARNACIÓN LUCAS LUCAS

DON FELIPE FRESNEDA PLAZA

DON LUIS MIGUEL BLANCO DOMÍNGUEZ

En Valladolid, a veintinueve de diciembre de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, integrada por los Magistrados expresados más arriba, el presente recurso de apelación registrado con el número 441/2016 , en el que son partes:

Como apelante: LA DIPUTACIÓN DE LEÓN, representado por el Procurador Sr. Suarez Quiñones Fernández y defendido por el Letrado Sr. García Moratilla.

Como apelado: SERVICIOS GENERALES DE LA COMUNICACIÓN Y GESTIÓN, S.L., representado por la Procuradora Sra. Sánchez Beltrán y defendido por el Letrado Sr. Sánchez Ceballos.

Es objeto de la apelación la sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo número dos de León, de dos de junio de dos mil dieciséis, dictada en el procedimiento ordinario número 227/15.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El expresado Juzgado dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la mercantil SERVICIOS GENERALES DE COMUNICACIÓN Y GESTIÓN S.L. empresa editora del periódico digital "ileon.com" contra la desestimación por silencio administrativo de su requerimiento de cesación de la actuación en vía de hecho por discriminación en la adjudicación de la publicidad institucional de la Excm. Diputación Provincial de León, ANULANDO dicho desistimiento y declarando la existencia de tal vía de hecho de forma continuada en la actuación de la Diputación Provincial de León al adjudicar a diferentes empresas y medios de comunicación la publicidad institucional contratada por dicha institución en el periodo comprendido entre el mes de enero de 2011 y la fecha de interposición del presente recurso y CONDENANDO a la DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE LEÓN al abono de la suma de 160.676,78.-€ en concepto de lucro cesante a favor de SERVICIOS GENERALES DE COMUNICACIÓN Y GESTIÓN S.L. más los intereses hasta la notificación de la presente sentencia.

Sin expresa imposición de costas".

SEGUNDO.- Contra esa sentencia interpuso recurso de apelación la Diputación de León interesando se anule o revoque y deje sin efecto la Sentencia recurrida, recurso del que, una vez admitido, se dio traslado a las demás partes, habiendo presentado escrito de oposición al mismo la representación del apelado SERVICIOS GENERALES DE COMUNICACIÓN Y GESTIÓN S.L. Emplazadas las partes, el Juzgado elevó los autos y el expediente a esta Sala.

TERCERO.- Formado rollo, acusado recibo al Juzgado remitente y personadas la parte apelante y apelada, se designó ponente a la Magistrada D^a. ANA MARTINEZ OLALLA.

Al no practicarse prueba ni haberse celebrado vista o conclusiones, el pleito quedó concluso para sentencia, señalándose para votación y fallo del mismo el pasado día veintiuno de diciembre del presente año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso de apelación por la representación procesal de la Diputación Provincial de León la sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo número dos de León, de dos de junio de dos mil dieciséis, dictada en el procedimiento ordinario número 227/15, por la que se estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la mercantil SERVICIOS GENERALES DE COMUNICACIÓN Y GESTIÓN S.L., empresa editora del periódico digital “ileon.com”, contra la desestimación por silencio administrativo de su requerimiento de cesación de la actuación en vía de hecho por discriminación en la adjudicación de la publicidad institucional de la mencionada Diputación, se declara la existencia de tal vía de hecho de forma continuada en su actuación al adjudicar a diferentes empresas y medios de comunicación la publicidad institucional contratada por dicha institución en el periodo comprendido entre el mes de enero de 2011 y la fecha de interposición del recurso contencioso-administrativo y se la condena al abono de la suma de 160.676,78.-€ en concepto de lucro cesante a favor de SERVICIOS GENERALES DE COMUNICACIÓN Y GESTIÓN S.L. más los intereses hasta la notificación de la sentencia.

La parte apelante pretende que se revoque la sentencia de instancia y que, en su lugar, se dicte otra por la que se desestime íntegramente la pretensión indemnizatoria de la entidad actora por falta de prueba del lucro cesante que invoca y la concurrencia de la doctrina de la “pérdida de oportunidades” derivada del hecho de la total incertidumbre existente respecto a si la entidad actora hubiese podido resultar titular de algún contrato institucional. Subsidiariamente, si se estima que la recurrente debe ser resarcida de los supuestos daños, solicita que la pretensión indemnizatoria sea calculada tomando como criterio de referencia los importes satisfechos durante el periodo 2011 a 2015 por la Corporación provincial a favor de medios digitales en base a lo expresado en el informe del Gabinete de prensa de 15 de marzo de 2016, que se acompaña como documento nº 1 de la contestación a la demanda; ponderando dichos importes por razón de los medios digitales en que se realizaron las publicaciones en cada uno de los años de que se trata; y corrigiendo y reduciendo el importe que pudiera resultar por razón de las circunstancias

concurrentes en el caso y, en particular, en base a la doctrina de la pérdida de las oportunidades, al apreciarse una clara incertidumbre en cuanto al hecho de no poderse concretar si la entidad actora hubiese podido ser titular de alguno de los contratos de publicidad institucional con medios digitales.

La parte apelada se opone al recurso de apelación y sostiene la conformidad a derecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- En el recurso de apelación la parte apelante no cuestiona que haya incurrido en la vía de hecho impugnada por la mercantil recurrente sino que la misma le haya producido daño alguno o, al menos, en la cuantía reconocida en la sentencia, estimando que la juzgadora a quo ha incurrido en error en la valoración de la prueba porque de existir daño, lo que niega, el importe de su indemnización debiera fijarse tomando como referencia el informe del Gabinete de prensa de 15 de marzo de 2016 y moderarlo de acuerdo con la doctrina de la pérdida de oportunidad.

Como antecedentes para resolver la controversia son de destacar los siguientes:

*La mercantil SERVICIOS GENERALES DE COMUNICACIÓN Y GESTIÓN S.L. presentó el 13 de abril de 2014 escrito ante la Diputación Provincial de León en el que ponía de relieve la situación de discriminación de que era objeto el periódico digital "ileon.com", del que es empresa editora, en la adjudicación de la contratación de la publicidad institucional de la Diputación de León desde su aparición el 27 de enero de 2011 y solicitaba que cesase esa situación discriminatoria y que se le indemnizase por el daño sufrido por esa actuación discriminatoria en la cantidad que, en ese momento, estima de 175.000 €. Cita, para amparar su petición la sentencia 160/2014, de 6 de octubre del Tribunal Constitucional, y la dictada en el recurso 538/2011, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana.

*La Secretaria General de la Diputación apelante informa el 19 de mayo de 2015, en relación con el mencionado requerimiento, tras constatar mediante informe de la Intervención General que, desde enero de 2011 hasta la fecha del informe, el importe de los gastos con cargo a la/s aplicación/es presupuestaria/s relativa/s a publicidad institucional, había ascendido a 2.406.879,72 € , sin que en ese periodo se hubiera reconocido obligación alguna a favor de la mercantil requirente, y concluye que la exclusión de "ileon.com" de la contratación de publicidad institucional desde enero de 2011 podía constituir una vía de

hecho administrativa de carácter continuado puesto que los procedimientos tramitados (contratos menores y procedimientos negociados) no se realizaron en el marco de campañas institucionales de publicidad y comunicación y no se cursaron solicitudes de ofertas, infringiéndose la regulación contenida en los arts. 3.2.a) y 10.2 de la Ley 4/2009, de 28 de mayo, de Publicidad Institucional de Castilla y León; 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. 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, en supuesto de exclusión de un medio en la contratación de la publicidad institucional. Concluye, también, que esa actuación ha podido ocasionar un perjuicio objetivo, susceptible de valoración económica por la pérdida de unos ingresos seguros y no meramente contingentes, por lo que, entiende que debe ordenarse el cese en la actuación discriminatoria y restablecer la situación jurídica individualizada calculando el lucro cesante indemnizable, de acuerdo con la sentencia del TS de 16 de diciembre de 1997, dictada en el recurso de casación nº 4880/1993.

*El Interventor General de la Diputación apelante informa el 9 de junio de 2015 que no puede ser atendida la solicitud en ese momento ya que no está acreditado el perjuicio económico sufrido ni el resto de aspectos que señala en el informe.

*El periódico digital "ileon.com" está auditado por la Oficina de Justificación de la Difusión (OJD), requisito exigido para acceder a las campañas de publicidad institucional.

*El Informe del Interventor General de la Diputación apelante de 14 de mayo de 2015 refleja las obligaciones reconocidas y liquidadas desde enero de 2011 hasta la fecha de emisión de tal informe, con cargo a las correspondientes aplicaciones presupuestarias o a su contabilidad general relativa a la publicidad institucional, identificando el año, la aplicación, descripción de la publicidad y la cuantía de la obligación reconocida, arrojando un total de 676.297,94€ en el año 2011, 645.565,71€ en el 2012, 498.609,97€ en el 2013, 456.217,68€ en el 2014 y 130.188,42€ en el año 2015. Asimismo el interventor general certificaba que la demandante ".no figura con obligaciones reconocidas a su favor en el periodo de referencia"

* Consta en el expediente administrativo el informe del Interventor en relación con el Instituto Leonés de Cultura respecto a las obligaciones reconocidas y liquidadas desde enero de 2011 hasta la fecha de emisión de tal informe el 14 de diciembre de 2015, con

cargo a las correspondientes aplicaciones presupuestarias o a su contabilidad general relativa a la publicidad institucional, acompañando en anexo tales datos relativos a dichos gastos de publicidad identificando el número de operación, la fecha, aplicación, el importe del gasto en publicidad la identidad de la empresa y el concepto u objeto de tal publicidad desarrollada. En el año 2011 el gasto en publicidad sería de 20.810,77 €. En el 2012 de 5.788,17 €, en el año 2013 de 37.685,23 €, año 2014 de 26.596,39 € y en el año 2015 de 22.685,89 €.

*El presidente de GERSUL emite certificado el 14 de diciembre de 2015, indicando que en tales ejercicios 2011 al 2015 dicho consorcio no ha llevado a cabo gastos relativos a publicidad institucional.

*La interventora del Consorcio Provincial de Turismo emite certificado el 11 de diciembre de 2015 en el que refleja las obligaciones reconocidas y liquidadas desde enero de 2011 hasta la fecha de emisión de tal informe, con cargo a las correspondientes aplicaciones presupuestarias o a su contabilidad general relativa a la publicidad institucional, acompañando en anexo tales datos relativos a dichos gastos de publicidad identificando el número de operación, la fecha, aplicación, el importe del gasto en publicidad la identidad de la empresa y el concepto u objeto de tal publicidad desarrollada, siendo en el año 2011 las obligaciones reconocidas por importe total de 62.373,58 €, en el año 2012 la cifra total de 157.795,30 €, en el año 2013 la cifra total de 89.852,37 €, en el año 2014 la cifra total de 112.058,33 € y en el año 2015 la cifra total de 73.810,31 €.

*El 16 de diciembre de 2015 el Interventor adjunto primero de la Diputación apelante certifica las obligaciones reconocidas y liquidadas desde enero de 2011 hasta la fecha de emisión de tal informe, con cargo a las correspondientes aplicaciones presupuestarias o a su contabilidad general relativa a la publicidad institucional, acompañando en anexo tales datos relativos a dichos gastos de publicidad identificando el número de operación, la fecha, aplicación, el importe del gasto en publicidad la identidad de la empresa, el concepto u objeto de tal publicidad desarrollada así como el procedimiento de adjudicación seguido (contratos menores).

TERCERO.- Dicho esto y circunscrito el debate en esta instancia, como ya se adelantó, a la cuantificación de los daños que la actuación discriminatoria de la apelante ha ocasionado a la apelada, ha de rechazarse en primer lugar, la primera pretensión deducida: que se desestime íntegramente la pretensión indemnizatoria de la entidad actora por falta de prueba del lucro cesante que invoca y la concurrencia de la doctrina de la "pérdida de

oportunidad” derivada del hecho de la total incertidumbre existente respecto a si la entidad actora hubiese podido resultar titular de algún contrato institucional.

Pretensión que procede rechazar por las razones expuestas por el T.S. en la sentencia de 16 de diciembre de 1997, que por la propia Secretaria General de la Diputación apelante se cita en el informe obrante en el expediente, en la que se dice:

“Al haber, pues, actuado discriminatoriamente la Administración por negar, sin justificación, publicidad institucional al diario editado por la demandante, estamos ante un funcionamiento anormal del servicio público, al que se refieren los artículo 106.2 de la Constitución, 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 121.1 de la Ley de Expropiación Forzosa, que, al producir directamente un perjuicio, evaluable económicamente, sin que haya concurrido fuerza mayor, obliga a la Administración a indemnizarlo, según el citado artículo 106.2 de la Constitución, y los artículos 40.1 y 2 de la indicada Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 121.1 y 122.1 de la misma Ley de Expropiación Forzosa, así como la interpretación jurisprudencial de estos preceptos.

No parece necesario abundar en razones para justificar que la denegación de publicidad institucional ha producido, de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo, susceptible de valoración para justificar que la denegación de publicidad institucional han producido, de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo, susceptible de valoración económica, a la entidad demandante, editora del diario discriminado, por la pérdida de unos ingresos seguros y no meramente contingentes, y, en consecuencia, estamos ante un supuesto de lucro cesante indemnizable, como ha declarado la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo...”.

Y porque, en el presente caso, no resulta de aplicación la doctrina de la pérdida de oportunidad en la medida en que el daño producido a la mercantil recurrente es únicamente imputable a la Administración apelante, que no concreta ni prueba que aquella no reunía algún requisito para poder ser adjudicataria de todos o algunos de los contratos que durante el periodo de que se trata ha concertado con otros medios, de modo que no entra en juego para valorar el daño otro elemento distinto al de la actuación discriminatoria de la Diputación apelante que se ha descrito.

Por otro lado, en la sentencia de instancia se razona y explica los motivos por los que asume el criterio propuesto por la recurrente para determinar el quantum indemnizatorio: se parte de los propios datos aportados en el expediente por la Intervención, se atiende a lo satisfecho a otros medios durante el periodo litigioso, se hace una media diaria de lo percibido por ellos y se aplica la de menor cuantía correspondiente a lo abonado a otro periódico digital de similar audiencia que "ileon.com".

Frente al criterio asumido por la juzgadora a quo contraponen la apelante el propuesto por ella en el informe de su Gabinete de prensa que aporta con la contestación a la demanda, en el que por alguien respecto al que no consta cuál es su cualificación técnica – más allá de pertenecer al mencionado Gabinete de prensa- refleja unas cantidades referidas al importe de los gastos de publicidad institucional durante el periodo litigioso distinguiendo los efectuados en medios digitales y en otros medios, diferenciación que no se justifica en los contratos celebrados por la apelante, pues no consta que en ellos se distinguiera entre medios en soporte digital y en soporte papel.

Por tanto, no estimándose arbitraria ni absurda la cuantificación de la indemnización fijada por la juzgadora a quo, al basarse en datos objetivos que obran en el expediente, que no han sido desvirtuados mediante una adecuada prueba por la apelante, que basa su postura en un informe carente del mínimo valor probatorio al no haberse emitido por el Interventor o el órgano administrativo de contratación, procede la desestimación del presente recurso de apelación.

CUARTO.- Al desestimarse el recurso de apelación, se imponen las costas de la apelación a la parte apelante (art. 139.2 de la LJCA).

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

FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Diputación Provincial de León, con imposición de las costas a la parte apelante.

Esta sentencia no es firme y contra ella cabe interponer recurso de casación si concurren los requisitos exigidos en los artículos 86 y siguientes de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que



se preparará ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente que en ella se expresa en el mismo día de su fecha, estando celebrando sesión pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de lo que doy fe.