



Roj: **STSJ M 3424/2024 - ECLI:ES:TSJM:2024:3424**

Id Cendoj: **28079330032024100199**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **13/03/2024**

Nº de Recurso: **1711/2021**

Nº de Resolución: **168/2024**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ENRIQUE GABALDON CODESIDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2021/0039510

Procedimiento Ordinario 1711/2021

Demandante: ASOCIACION NACIONAL DE EMPRESAS FORESTALES (ASEMFO)

PROCURADOR D./Dña. ALVARO ARSENIO DIAZ DEL RIO SAN GIL

Demandado: COMUNIDAD DE MADRID-CONSEJERIA DE JUSTICIA, INTERIOR Y VICTIMAS

LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

EMPRESA DE TRANSFORMACION AGRARIA (TRAGSA)

PROCURADOR D./Dña. ROSALIA JARABO SANCHO

MANTENIMIENTO DE INFRAESTRUCTURAS SA

PROCURADOR D./Dña. ARTURO ROMERO BALLESTER

SENTENCIA N° 168/2024

ILTMO. SR. PRESIDENTE:

D. Gustavo Lescure Ceñal

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. Ángel Novoa Fernández

D. Enrique Gabaldón Codesido

En la Villa de Madrid, a 13 de marzo de 2024

Visto el recurso contencioso-administrativo núm. 1711/2021 interpuesto por la Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO), contra resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que desestima recurso especial en materia de contratación contra la formalización de encargo para la prestación de servicio. Ha sido parte demandada Consejería de Justicia, Interior y Víctimas de la Comunidad de Madrid, y Empresa de Transformación Agraria SA, SME, MP (TRAGSA).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso contencioso-administrativo, se presentó la demanda dentro del plazo legal.

SEGUNDO.- Las demandadas, en las contestaciones a la demanda, solicitaron una sentencia confirmatoria de la resolución recurrida.

TERCERO.- Los autos tuvieron la tramitación que consta en los mismos.

CUARTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso el 13 de marzo de 2024, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente el Ilmo. Sr. Don Enrique Gabaldón Codesido, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo se dirige contra resolución 309/2021, de 8 de julio de 2021, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) contra la formalización por la Consejería de Justicia, Interior y Víctimas de la Comunidad de Madrid, del encargo a la Empresa de Transformación Agraria SA, SME, MP (TRAGSA) para la prestación del servicio de *"Prevención y apoyo a la extinción de incendios forestales e inclemencias invernales de la Comunidad de Madrid, cofinanciable con el Fondo Europeo Agrario de Desarrollo Rural (FEADER)"* para los años 2022 a 2025.

SEGUNDO.- En su demanda, la Asociación recurrente alega en contra de la resolución del TACP los siguientes motivos: (1) Después de 20 años de licitaciones se da paso a un encargo a la empresa pública TRAGSA, a mayor coste (+48%), y la Comunidad de Madrid y el TACP *asumen que todos los encargos que recibe y recibirá TRAGSA son y serán correctos*; (2) Fallida justificación del uso del encargo frente a la licitación; (3) Vulneración de los arts.31.2 y 135 CE, 7 LOEP, 1 LCSP, 3 y 86 LRJSP, por incumplir el encargo el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos público; (4) Subsidiariamente, solicita el planteamiento de cuestión prejudicial del art.267 TFUE; (5) Por último, alega que el sobrecoste del encargo a TRAGSA constituye una "ayuda de Estado", encubierta e ilegal.

Por lo que solicita el dictado de sentencia que, con condena en costas a la parte demandada, estime el recurso, y acuerde la nulidad de la resolución recurrida y la formalización del Encargo a TRAGSA. Subsidiariamente, solicita que la Sala plantee cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TERCERO.- La Comunidad de Madrid, se persona y contesta la demanda alegando que el encargo realizado a TRAGSA se ajusta a derecho; era legalmente posible y estaba justificado. Con él no se vulneró el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos. Improcedencia de plantear la cuestión prejudicial, por no concurrir las circunstancias para ello. Finalmente, el encargo a TRAGSA no constituye una ayuda de Estado encubierta. Por lo que solicita el dictado de sentencia que desestime íntegramente la demanda, con imposición de costas.

TRAGSA, ha comparecido también y opuesto al recurso, alegando que ésta entidad es un medio propio de la Administración. No existe normativa que ampare el recurso contencioso-administrativo, que carece de causa. El encargo impugnado está justificado por la potestad de autoorganización de la Administración. El encargo también respeta los principios invocados de eficacia, eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, y costes. Es innecesaria plantear la cuestión prejudicial al TJUE. Por lo que solicita el dictado de sentencia que desestime íntegramente la demanda, y la pretensión de plantear cuestión prejudicial, imponiendo las costas a la recurrente.

CUARTO.- Alega la demanda que la Comunidad de Madrid, después de años de licitar a empresas externas la prestación de los servicios de prevención y apoyo a la extinción de incendios forestales e inclemencia invernales, cambia el sistema, por uno de encargo a la empresa pública TRAGSA, que, considera la Asociación demandante, que implica mayor coste (+48%). Niega la demanda la legalidad del acuerdo, del encargo, que impugnó ante el TACP, y contra el que interpone el recurso contencioso-administrativo.

En éste primer motivo la demanda impugna la resolución del TACP, por estimar correcta la interpretación de la normativa, que permite el encargo a medios propios de la Administración, como es TRAGSA; los arts.32 y concordantes 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; y los arts. 86 y concordantes Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Siendo indudable, que la Comunidad de Madrid es poder adjudicador y TRAGSA es medio público de la Administración, - LCSP, *Disposición adicional vigésima cuarta* . *Régimen jurídico de la "Empresa de Transformación Agraria, S. A., S. M. E., M. P." (TRAGSA), y de su filial "Tecnologías y Servicios Agrarios, S. A.,*

S. M. E., M. P." (TRAGSATEC)- el encargo impugnado es legal según las previsiones del art.32 LCSP, *Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados*, y 86 LRJSP, *Medio propio y servicio técnico*. Responde a la necesidad de prestar un servicio público, y a la opción de la Administración competente por el encargo al medio propio frente a otros sistemas (prestación mediante sus propios medios personales y materiales o licitación a particulares) en ejercicio de su potestad de auto organización. Por lo que el motivo debe ser desestimado. Como ya expone el TACP, *La realización de un encargo a un medio propio es una opción contemplada en el artículo 32 de la LCSP , que permite a los poderes adjudicadores organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, previo encargo a esta, con sujeción a lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos, sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*.

Tampoco es necesario que el encargo al medio propio para la prestación del servicio se justifique caso a caso. Como también relata el TACP: *Este Tribunal comparte la doctrina citada, entendiendo que la normativa vigente no contempla un doble control del cumplimiento de los requisitos del artículo 86 de la LRJAP , primero en el momento de creación de un medio propio y posteriormente encargo a encargo. Admitir esa circunstancia, una vez se ha otorgado la consideración de medio propio a una entidad por haber acreditado que es la opción más eficiente, supondría dejar sin eficacia jurídica el artículo 86, pues de nada serviría el control para la atribución de la consideración de medio propio, si luego fuera preciso realizar dicho control encargo a encargo. Puede añadirse que la opción de encargo a medio propio no está limitada, como pretende la demanda, por una división del encargo, para encomendarlo separadamente, como si se tratara de una licitación de contratos. A lo expuesto al respecto por el TACP sobre la legalidad de la opción por el encargo "único", debe añadirse que el art.32.1 expresamente prevé que *El encargo que cumpla dichos requisitos no tendrá la consideración de contrato*, carece por ello de lógica someter al procedimiento de adjudicación de contratos a los contratistas privados, externos a la Administración, de una gestión directa del servicio, mediante un encargo que se realiza a la propia Administración, que adopta la forma de sociedad instrumental, medio propio, y que en ningún caso la Ley considera contrato*.

Por otra parte, el "encargo" así realizado no es recurrible ante los Tribunales como si de un contrato administrativo se tratara, porque no es un contrato. Ello no obsta a que el encargo esté sometido al principio de legalidad y en último término al control de los Tribunales, según las normas procesales aplicables.

QUINTO.- En el segundo motivo del recurso, la demanda niega la justificación de uso del encargo frente a la licitación. En realidad, bajo ese enunciado la demanda rechaza la justificación que existe, y que, tras examinarla, tacha de formal, reputando inválida la justificación que expone la cláusula segunda del Anexo de condiciones del Encargo, así como la memoria justificativa del Jefe del Cuerpo de Bomberos. En particular rechaza la validez de las razones que exponen sobre la insuficiencia de medios personales y materiales de la Administración para realizar el servicio, con los que sí contaría TRAGSA, y las dificultades experimentadas para adjudicar contratos para la prestación de éstos servicios, cuya cuantía dificultaba cumplir el requisito de solvencia por las empresas, que es un elemento distinto al del número de ofertas presentadas en las licitaciones periódicas, alegado impropriamente por la demanda para contrarrestar este elemento de la justificación. Patrocina en cambio la demanda el sistema de licitación del servicio, empleado antes y cuya continuación insta.

De estas alegaciones resulta, en primer lugar, que sí que existe la justificación del encargo en el procedimiento seguido para formalizarlo. En segundo lugar, las discrepancias de la Asociación demandante con estas razones son las mismas que expresa la demanda en los demás motivos, sobre la mayor eficiencia del sistema de contratación a empresas privadas, a los que nos referiremos a continuación. En cualquier caso, el motivo debe desestimarse, porque consta en el expediente que el encargo cumplía los requisitos del art.32.6 LCSP para su formalización.

SEXTO.- Según la demanda el encargo vulnera los arts.31.2 y 135 CE; el art.7 Ley Orgánica 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera; el art.1 LCSP, y los arts. 3 y 86 LRJSP, por no responder al principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

La vulneración de los indicados preceptos se produciría según la demanda porque el recurso al encargo impugnado *resulta clamorosamente más ineficiente que el recurso a la contratación pública*. Según la demanda, *cuando se compara el coste del servicio licitado en funcionamiento con el coste presupuestado del Encargo*, se obtiene que el coste anual de la prestación se incrementa un 48% con el encargo, según los números que aporta la demanda, que dice tomar como fuente el Anexo de condiciones, la Memoria Explicativa y la Memoria Comparativa del Encargo. La demanda hace sus propios cálculos para tachar de erróneos los de la Administración, rechaza que las diferencias entre los servicios del encargo y la contratación entonces vigente

podieran servir de excusa a la diferencia; y pone de manifiesto las que considera patentes y manifiestas irregularidades del presupuesto del coste del encargo.

Esas alegaciones de la demanda no determinan la nulidad pretendida del encargo. Con carácter general, no puede derivarse la ineficiencia de un encargo únicamente por un mayor coste de funcionamiento con el del sistema seguido antes. Para enjuiciar la eficiencia se debe tener en cuenta que no se trata sólo de continuar prestando un servicio público por un medio distinto, sino que el contenido del servicio a prestar no es estático, sino que debe adaptarse a nuevas necesidades, que podrían justificar un mayor gasto.

La argumentación que sobre la mayor eficiencia de la licitación sobre el encargo hace la demanda tiene un enfoque erróneo, al tener como base una comparación asimétrica entre algunos de los costes teóricos (no los reales) de los contratos adjudicados y los futuros, que se presupuestan para el encargo aun no ejecutado. Compara la demanda datos de prestación del servicio, pasados y aun así teóricos, con los datos futuros. También la diferente forma de prestación del servicio y el plazo de duración impide una comparación válida. Ni siquiera se justifica que el objeto del nuevo encargo vaya a ser la suma de los objetos del servicio perseguido en las licitaciones.

Por otra parte, las afirmaciones y números que expone la demanda no están contrastadas, únicamente son afirmaciones de la demanda, subjetivas y claramente parciales sobre el ser y el deber ser de ciertas partidas del presupuesto del encargo. Esta argumentación de la demanda es rebatida ampliamente en el informe aportado al efecto por la Comunidad de Madrid ("Informe denuncia ASEMFO", de la Dirección General de Emergencias de la Comunidad de Madrid), que, pese a lo afirmado por la recurrente, sí que se aportó debidamente, con la contestación a la demanda. En cuanto a su contenido, al proceder de órganos técnicos de la Administración, que de forma detallada y extensa rechazan las afirmaciones de la demanda al efecto, debe dársele mayor valor que a los análisis de parte sobre algunos de los datos económicos del encargo. Resultando del informe que la ejecución del servicio mediante el encargo tiene un menor gasto para la Comunidad de Madrid, que continuar con los contratos anteriores.

SÉPTIMO.- La demanda solicita, subsidiariamente a la estimación del recurso contencioso-administrativo, el planteamiento por el Tribunal de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del art.267 TFUE. Llegados a éste punto, se infiere de lo expuesto, además de que el planteamiento de cuestión prejudicial no es obligatorio según el indicado artículo del TFUE, por ser las decisiones de éste Tribunal *susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno*, que tampoco es *necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo*. Según el art.267 TFUE, no procede plantear la cuestión prejudicial solicitada.

OCTAVO.- Por último, alega la demanda el motivo consistente en la afirmación de que este sobrecoste cercano al 50% que imputa al encargo a TRAGSA, es una "ayuda de Estado" encubierta e ilegal, prohibida por el art.107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El motivo no puede ser estimado porque se basa en un hecho no acreditado, el sobrecoste. Por otra parte, la LCSP, traspone la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, que regula en su art.12 los contratos entre entidades del sector público, no pudiendo constituir una ayuda indebida de Estado una opción de prestación del servicio perfectamente legal según las previsiones del Derecho europeo. El encargo realizado a un medio propio no conlleva las circunstancias determinantes de la ayuda de estado que cifra el art.107.1 TFUE.

NOVENO.- Según el art.139.1 LJCA, procede imponer las costas procesales a la recurrente. De conformidad con el art.139.4 LJCA, la cifra máxima por este concepto se limita a la cantidad de 10.000 euros (5.000 euros para cada una de las codemandadas), más el IVA correspondiente.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de pertinente aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo núm. 1711/2021 interpuesto por la Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO), contra resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que desestima recurso especial en materia de contratación contra la formalización de encargo para la prestación de servicio.

Se condena al pago de las costas causadas en el presente recurso a la parte demandante con la limitación que respecto de su cuantía se ha realizado en el último fundamento de derecho.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción



Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2608-0000-93-1711-21 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92- 0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2608-0000-93-1711-21 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

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