



Roj: **STSJ M 2196/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:2196**

Id Cendoj: **28079330032018100134**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **02/03/2018**

Nº de Recurso: **987/2016**

Nº de Resolución: **166/2018**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA FATIMA ARANA AZPITARTE**

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:** 28.079.00.3-2016/0020807

**Recurso número 987/2016**

**Ponente:** Doña Fátima Arana Azpitarte

**Recurrente:** **FAASA AVIACIONAVIACION** S.A.

**Procuradora:** Doña María Luisa Estrugo Lozano

**Demandado:** Ministerio de Agricultura , Alimentación y Medio Ambiente

Abogado del Estado.

**SENTENCIA nº 166**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

Don Gustavo Lescure Ceñal

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

Doña Fátima Arana Azpitarte

Don Rafael Estevez Pendás

En la ciudad de Madrid, a 2 de marzo del año 2018 ,visto por la Sala el recurso arriba referido, interpuesto por la Procuradora Doña María Luisa Estrugo Lozano, actuando en representación de **FAASA AVIACIONAVIACION** S.A. contra la desestimación presunta realizada por el Ministerio de Agricultura , Alimentación y Medio Ambiente de la solicitud presentada en fecha 23 de marzo de 2016, complementada por escrito de fecha 13 de julio de 2016, reclamando la cantidad de 1.328.978 euros, más intereses, en concepto de indemnización de daños y perjuicios por la reducción del plazo de los contratos denominados " Servicio con diecinueve helicópteros medios de transporte de brigadas para la lucha contra los incendios forestales. Campañas de verano de 2015 e invierno 2016, lotes 1 y 3 Expedientes 2015/000005" .

Es ponente de esta Sentencia la Ilma. Sra. Doña Fátima Arana Azpitarte , que expresa el parecer de la Sección.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.** - Se interpuso este recurso contencioso-administrativo formalizándose demanda por la recurrente en la que terminaba suplicando una Sentencia estimatoria del recurso con base a los hechos y fundamentos de derecho contenidos en la demanda.

**SEGUNDO.** - El demandado contestó a la demanda exponiendo lo que estimó oportuno, solicitando la desestimación del recurso.

**TERCERO.** - Despachado por las partes el trámite de conclusiones, quedaron los autos para deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 28 de febrero del año 2018.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Procuradora Doña María Luisa Estrugo Lozano, actuando en representación de **FAASA AVIACIONAVIACION** S.A., interpone recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta realizada por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente de la solicitud presentada en fecha 23 de marzo de 2016, complementada por escrito de fecha 13 de julio de 2016, reclamando la cantidad de 1.328.978 euros, más intereses, en concepto de indemnización de daños y perjuicios por la reducción del plazo de los contratos denominados " Servicio con diecinueve helicópteros medios de transporte de brigadas para la lucha contra los incendios forestales. Campañas de verano de 2015 e invierno 2016, lotes 1 y 3 Expedientes 2015/000005" .

La reclamación se fundamenta en que en fecha 12 de junio de 2015 ambos contratos fueron adjudicados a la UTE formada por ella y por la empresa INAER HELICOPEROS SAU , siendo el plazo de ejecución de los contratos en relación con la campaña de verano ,según los Pliegos, de 122 días consecutivos situados en el periodo comprendido entre el día 1 de junio y el 30 de septiembre de 2015, que la adjudicación de los contratos fue recurrida , mediante recurso especial en materia de contratación, por la Sociedad **Hispánica de AviaciónAviación** S.A., el 29 de junio de 2015, Sociedad que había concurrido a los contratos sin resultar adjudicataria de los mismos, que el recurso provocó la suspensión de los contratos adjudicados y su sustitución , con el mismo objeto, por otros adjudicados por el procedimiento de emergencia, Expediente 2015/00420, que estos contratos de sustitución no fueron todos adjudicados a la UTE , en concreto los servicios en las bases de Iglesuela ( Toledo) y Puerto del Pico (Ávila) fueron prestados por la Sociedad **Hispánica de AviaciónAviación** S.A durante el periodo de vigencia de los contratos de emergencia.

El recurso especial en materia de contratación antes referido fue desestimado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales por Resolución de 18 de agosto de 2015 , levantándose la suspensión conforme a lo dispuesto en el art 47.4 del RD Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre , pese a lo cual los contratos adjudicados a la UTE no se formalizaron hasta el día 14 de septiembre y hasta esa fecha no se empezaron a ejecutar.

Alega que prestó servicios a la UTE de la que formó parte en las bases de Tabuyo del Monte (León) con dos helicópteros, en la de Lubia ( Soria) con otros dos, en la de Puerto de Pico ( Ávila) con uno y en la de La Iglesuela ( Toledo ) con dos, y con los mismos helicópteros, por sí sola, es decir con dos en cada caso, en las bases de Tabuyo del Monte (León) y en la de Lubia ( Soria) en la ejecución del contrato de emergencia, relatando a continuación los días de prestación del servicio en cada base en ejecución de ambos contratos expresando que , conforme al plazo del contrato adjudicado que era 122 días , los días en que el plazo quedó reducido en cada base fueron 23 días en Tabuyo del Monte,7 días en Lubia, 91 días en Puerto de Pico y 91 días en La Iglesuela, total 212 días , lo que multiplicado por los helicópteros con los que prestó servicios en cada base el número total de días en los que el plazo se vió reducido multiplicado por dichos helicópteros fue de 333 días, alegando que a pesar de no haber prestado el servicio en los días en que el contrato se ha visto reducido ha tenido que soportar determinados costes al ser el servicio que se presta de fletamento aéreo, por lo que la nave han de estar a disposición de la Administración vuelen ó no vuelen, no pudiendo correr el riesgo de no tener disponibles las aeronaves para los contratos que se le habían adjudicado, por lo que ha tenido que soportar unos costes fijos que no ha podido cubrir con ingreso alguno y que representan el daño emergente sufrido por la misma , habiendo dejado a mismo tiempo de obtener parte del beneficio industrial del contrato al no percibir todos los ingresos previstos por el mismo , tratándose en este caso de lucro cesante.

En la fundamentación jurídica de la demanda expresa que la causa del incumplimiento del plazo ha sido el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **Hispánica de AviaciónAviación** S.A que supuso la suspensión de los contratos adjudicados a la UTE , si bien plantea dos objeciones , por un lado que a pesar de haber sido desestimado el recurso por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales por Resolución de 18 de agosto de 2015 , levantándose la suspensión conforme a lo dispuesto en el art 47.4 del RD Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre ,la suspensión no fue levantada por parte del órgano contratante hasta el día 14 de septiembre fecha en que se formalizaron los contratos y se empezaron a ejecutar , es decir 27 días



más tarde y por otro alega que no es razonable que los contratos de emergencia formalizados se adjudicaran , en parte a otras sociedades que habían concurrido al concurso y que no habían resultado adjudicatarias en el mismo , con infracción por parte de la Administración de la doctrina de los actos propios y el principio de buena fé que ha de presidir los contratos administrativos , premiándose a una sociedad que interpuso el recurso especial de manera fraudulenta .

**SEGUNDO.** - El Abogado del Estado ,en el escrito de contestación a la demanda, - al igual que lo alegó en el trámite de alegaciones previas- manifiesta que la responsabilidad pretendida por el recurrente es una responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento de la Administración del Estado pues no se refiere al incumplimiento de sus obligaciones por la Administración contratante (responsabilidad contractual) sino a la responsabilidad de la Administración General de Estado debido al retraso en la ejecución que supuestamente sería imputable no solo al Departamento Ministerial interesado sino también al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales , por lo que la eventual responsabilidad del Ministerio debe ceñirse a los 27 días que transcurren desde que se dicta la Resolución del TACRC y la Resolución del Ministerio que hace efectivo el levantamiento de la suspensión, no pudiendo reclamarse al Ministerio todo el tiempo en que ex lege el contrato quedó suspendido, no pudiendo por tanto reclamarse periodos de hasta 91 días , y ni siquiera el de 27 días ya que la responsabilidad del Ministerio no puede comenzar hasta la notificación de la Resolución del TACRC a finales de agosto debiendo a su vez reconocérsele un plazo prudencial para su actuación ( que , además, de aspectos jurídicos ó presupuestarios de tramitación administrativa, tratándose de un servicio complejo como es el objeto del pleito no podían sustituirse unas aeronaves por otras de la noche a la mañana) entendiéndose que a la vista de tales extremos la respuesta de la Administración fue diligente debiendo de rechazarse la responsabilidad del Ministerio , responsabilidad que en cualquier caso debería de probarse lo cual no se ha hecho al no justificar el informe pericial aportado ni el daño emergente ni el lucro césate , negando la existencia de responsabilidad alguna por actos propios de la Administración.

**TERCERO.-** Para la correcta resolución del recurso hemos de partir de que ,como el recurrente alega, su reclamación de daños y perjuicios es de carácter contractual y no extracontractual ó de responsabilidad patrimonial y que entiende que el daño se produce en el marco de una relación contractual por incumplimiento del plazo del contrato, así lo manifestó en su escrito de fecha 25 de mayo de 2017, y ante tal manifestación esta Sala y Sección dictó el Auto de fecha 13 de junio de 2017 en que centraba ,en función de lo alegado por el recurrente, que únicamente examinaría si la indemnización solicitada y la reclamación realizada procedían desde un punto de vista contractual y si los daños y perjuicios que se dicen padecidos por la recurrente podían imputarse al Ministerio de Agricultura , Alimentación y Medio Ambiente, como órgano de contratación, dejando al margen cualquier posibilidad de resarcimiento con fundamento en el art 139 de la LRJAPPAC (responsabilidad patrimonial de la Administración Pública) acción que no era la ejercitada por el recurrente.

Pues bien, resulta evidente que ninguna responsabilidad puede imputarse al Ministerio de Agricultura , Alimentación y Medio Ambiente, como órgano de contratación por retraso en la formalización del contrato , tras su adjudicación, durante el tiempo en que la adjudicación estuvo suspendida por haber interpuesto contra ella una licitadora recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales al amparo de lo establecido en el art.40 y ss del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre ( en lo sucesivo TRLCSP), ya que en tales casos la tramitación del expediente de contratación queda en suspenso por mandato legal conforme a lo dispuesto en el art 45 del TRLCSP , tratándose de una suspensión legal que nada tiene que ver ni es imputable al órgano de contratación (Ministerio de Agricultura , Alimentación y Medio Ambiente) que no incurre en negligencia alguna que pueda fundamentar una obligación de indemnizar .

Una vez resuelto el recurso por el TACRC , su desestimación implica el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si en el momento de dictarla continuase suspendido, así como de las restantes medidas cautelares que se hubieran acordado (art 47 TRLCSP) .

La recurrente considera que además de la paralización anterior ( durante la tramitación del recurso especial) ,que insistimos es irrelevante y no dá lugar a ninguna responsabilidad ni obligación de indemnizar por parte del Ministerio de Agricultura , el Ministerio tardó 27 días en formalizar los contratos ya que a pesar de haber sido desestimado el recurso por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales por Resolución de 18 de agosto de 2015 , levantándose la suspensión conforme a lo dispuesto en el art 47.4 del RD Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre ,la suspensión no fue levantada por parte del órgano contratante hasta el día 14 de septiembre fecha en que se formalizaron los contratos y se empezaron a ejecutar , es decir 27 días más tarde.

En relación a ello hemos de realizar varias consideraciones , en primer lugar , y ello es fundamental, que la carga de acreditar los hechos y los fundamentos de una reclamación de indemnización de daños y perjuicios corresponde a quien reclama, debiendo de acreditar los daños y perjuicios sufridos y que su producción se



ha debido en este caso a un retraso imputable , a una actuación negligente, de la Administración que conlleva tal obligación de indemnizar.

Pues bien, conforme dispone el art 27 del TRLCSP los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización, por lo que en este caso los contratos adjudicados y no formalizados no se encontraban perfeccionados por lo que estaríamos hablando de una responsabilidad precontractual . Aunque el recurrente se limite a solicitar la indemnización de daños y perjuicios sin fundamentarla en precepto legal alguno, entendemos que hemos de traer a colación lo dispuesto en el art 156 del TRLCSP que establece que una vez realizada la adjudicación si las causas de la no formalización del contrato fueren imputables a la Administración, se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pudiera ocasionar.

Ahora bien, como decimos, ello exige que el recurrente acredite que el retraso en la formalización del contrato se ha debido a causas imputables a la Administración, lo cual aquí no acontece, así ,en primer lugar, el recurrente debía de haber acreditado la fecha en que la Resolución del TACRC de 18 de agosto de 2015 fue notificada al Ministerio de Agricultura Alimentación y Medio Ambiente, en orden a que éste comenzara la realización de los trámites para la formalización de los contratos, siendo así que el art 156 del TRLCSP lo que establece es que , una vez levantada la suspensión y habiendo tenido conocimiento de ello el órgano de contratación , ha de requerir al adjudicatario para que formalice el contrato en plazo no superior a cinco días a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, siendo así que en el caso presente tampoco figuran ni en el expediente administrativo ( que no se solicitó fuera completado a tales efectos) ni en la documental aportada por la recurrente ni en la propuesta por ella , el requerimiento para la formalización del contrato y en concreto lo acontecido entre la fecha en que se notifica al órgano de contratación la Resolución del TACP y la fecha en que se formalizan los contratos, por lo que no podemos saber ni ha quedado acreditado que la leve demora que en tal fase pudo existir lo fuera por causa imputable a la Administración, debiendo de ser tenido en cuenta asimismo que conforme establecía la cláusula 24 del PCAP el adjudicatario debía de aportar previamente a la formalización del contrato, en caso de que se tratara de una UTE (tal es el caso presente) la constitución de la misma en escritura pública dentro del plazo otorgado para la formalización del contrato y el NIF de la misma pudiendo asimismo exigirle el órgano de contratación cualquier otra documentación complementaria .

A lo expuesto hemos de añadir una serie de consideraciones en relación al daño emergente que reclama la recurrente y que no son otras que no poder tenerse por acreditados los desembolsos que reclama durante el único periodo en que podría tener derecho a indemnización si se hubiera acreditado que existió demora por parte de la Administración en la formalización del contrato tras la resolución del TACRC) ni su necesidad, y es que los Pliegos lo que exigían era el compromiso de adscripción de medios y la recurrente sostiene que tuvo contratados todos los helicópteros, las tripulaciones , las pólizas de seguros , reparaciones y repuestos durante la totalidad del tiempo en que inicialmente estaba previsto se prestara el contrato cuando sabía que la adjudicación había sido recurrida y tenía que resolverse el recurso especial por el TACRC lo que podía demorarse y efectivamente se demoró hasta el 18 de agosto de 2015 y pese a ello hay facturas de arrendamiento de helicópteros de junio a octubre, otras como la del helicóptero Bell 412 classic A-6 BAZ de abril, mayo, junio y julio , otras se refieren a los meses de octubre y noviembre, el gasto de ferry del helicóptero Bell 412 classic A-6 BAZ figura realizado en el mes de abril (dos meses antes de la adjudicación de los contratos) otros son de 30 de junio y 31 de julio, a lo que debemos de añadir que los documentos que por gastos de tripulación (personal) figuran en el expediente administrativo no se pueden vincular con este contrato, careciendo el informe pericial aportado por la parte recurrente de la debida exhaustividad y minuciosidad en cuanto a la explicación y concreción de las facturas refiriéndose tan solo con carácter general a contratos nóminas y facturas.

**CUARTO.** - Las alegaciones relativas a la infracción de la doctrina de los actos propios por parte de la Administración y al principio de buena fé en el contrato de emergencia formalizado con la Sociedad **Hispánica de Aviación** son completamente ajenas a esta litis , si a la recurrente no le parecía correcto que tales contratos se adjudicaran en parte a dicha Sociedad debía de haberlos recurrido y mostrado su disconformidad en su momento , en tiempo y forma .

En consecuencia, por todo lo razonado y expuesto el recurso contencioso administrativo debe de ser íntegramente desestimado.

**QUINTO.** - De conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1.998 (según redacción dada por la Ley 37/2.011, de 10 de Octubre, de Medidas de Agilización Procesal), procede la imposición de las costas procesales a la parte recurrente al desestimarse el recurso, si bien como permite el apartado tercero del mismo precepto, se limita su cuantía a la suma de 800 €.

**VISTOS** los preceptos legales citados, y los demás de concordante y general aplicación.



## FALLAMOS

Que DESESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO interpuesto por la Procuradora Doña María Luisa Estrugo Lozano, actuando en representación de **FAASA AVIACIONAVIACION** S.A., contra la Resolución reseñada en el fundamento de derecho primero de esta Sentencia, que confirmamos por ser ajustada a derecho, con expresa imposición de las costas procesales a la parte recurrente en los términos establecidos en el último fundamento jurídico.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá presentarse 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 2608-0000-85-0987-16 (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 2608-0000-85-0987-16 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.

**PUBLICACION:** Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Fátima Arana Azpitarte, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha; certifico.