ADMINISTRACION DE JUSTICIA

JUZGADO CENTRAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO nº 7

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000062 /2015

S E N T E N C I A nº 117/16

En Madrid a veintinueve de Julio de dos mil dieciséis.

La Ilma [redacted] del Juzgado Central Contencioso-Administrativo nº 7, habiendo visto los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 62/2015 seguidos ante este Juzgado sobre ADMINISTRACION DEL ESTADO, entre partes, de una como recurrente EMPRESA DE TRANSFORMACION AGRARIA, S.A. (TRAGSA) y TECNOLOGIAS Y SERVICIOS AGRARIOS, S.A. (TRAGSATEC) representadas por [redacted] Procuradora [redacted] y asistidas por la Abogada [redacted] y de otra como parte demandada CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO (CTBG), representada por el Procurador [redacted] y asistida por la Abogada [redacted] y como codemandada ASOCIACION ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE PARQUES Y JARDINES (ASEJA) representada por la Procuradora [redacted] y asistida por el Abogado [redacted]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En fecha 10 de Diciembre de 2015 fue turnado a este Juzgado el recurso que ha dado origen a las presentes actuaciones.

SEGUNDO: Después de ser admitido a trámite el recurso, fue reclamado el expediente administrativo y una vez recibido, se

[redacted]

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

dio traslado del mismo a la parte recurrente para que formalizara la demanda, en la que, después de hacer alegaciones y de invocar los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso.

TERCERO: Presentada demanda, se dio traslado a la parte demandada para que la contestara y formalizara la oposición, lo que efectuó y, tras hacer las alegaciones que consideró e invocar los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando se desestimaran las pretensiones de la parte demandante.

CUARTO: Habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, así se acordó, practicándose la propuesta y declarada pertinente, con el resultado que obra en autos y, tras el trámite de conclusiones, quedaron los autos para sentencia.

QUINTO: En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de este proceso la resolución de la Presidenta del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 16 de octubre de 2015, por la que se estima la reclamación presentada por la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE PARQUES Y JARDINES, ASEJA, frente a la decisión del Presidente del Grupo TRAGSA de 20 de julio de 2015, que deniega el acceso solicitado por ASEJA a determinada información referente a Encomiendas de Gestión realizadas por distintas Comunidades Autónomas, instando al GRUPO TRAGSA a la publicación en su Portal de Transparencia de la información consistente de las encomiendas de gestión objeto de solicitud y a que, progresivamente, vaya incorporando todas de las que haya formado parte, en cumplimiento de sus obligaciones derivadas de

[redacted]

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Los antecedentes fácticos que deben reseñarse, y sobre los que existe acuerdo entre las partes, es que la información solicitada por ASEJA, por no encontrarse disponible dentro del portal de transparencia del mencionado Grupo, consistía literalmente en "Detalle de las Encomiendas de Gestión realizadas par las distintas Comunidades Autónomas de las que TRAGSA y TRAGSA TEC son medio propio, realizadas a las empresas públicas que componen el GRUPO TRAGSA en el año 2014 y 2015, indicando el importe de cada Encomienda de Gestión. En concreto, las Comunidades Autónomas de Andalucía, Cantabria, Extremadura, Galicia, Asturias, Aragón, Baleares, La Rioja, Murcia, Canarias, Cataluña, Castilla La Mancha, País Vasco, Madrid y Navarra."

El Presidente del Grupo TRAGSA denegó el acceso a dicha información solicitada por considerar que dicha obligación corresponde a las entidades encomendantes.

Y es básicamente este mismo argumento el que sustenta el presente recurso; alega, en síntesis, que la naturaleza de las relaciones que unen a las sociedades integrantes del Grupo TRAGSA con los poderes adjudicadores de los que son medios propios es instrumental y no contractual, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado, siendo la encomienda de gestión un acto administrativo, en este caso de las Comunidades Autónomas, del que TRAGSA es únicamente destinatario y obligado a su cumplimiento.

Invoca como motivos de impugnación la nulidad del procedimiento por falta de competencia del Consejo de

[redacted]

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Transparencia y Buen Gobierno y por no ajustarse al procedimiento legalmente previsto en lo referente a la publicidad activa; la nulidad por infracción de los trámites esenciales del procedimiento y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva; nulidad por incongruencia extra petitum; la inexistencia de obligación por parte de TRAGSA de publicar las encomiendas de gestión que le realicen las entidades de las que es medio propio; la obligación de publicación de las encomiendas por las Comunidades Autónomas; por último, invoca que también la administración General del Estado tiene la obligación de publicación de las encomiendas.

El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se opone a la estimación del recurso, invocando, en síntesis, que con independencia de las obligaciones de publicidad activa que incumban a las CC.AA. y a la administración General del Estado, también el Grupo Tragsa tiene la obligación de publicar las encomiendas que le realicen, recordando que precisamente el Consejo puede precisamente, *"adoptar las medidas necesarias para el cese del incumplimiento de las obligaciones -de publicidad activa- de los sujetos obligados"*, respondiendo por lo demás individualmente a cada uno de los motivos de impugnación.

SEGUNDO: A la vista del contenido concreto de la resolución impugnada, los motivos de impugnación y oposición y la argumentación que sostiene cada uno de ellos, parece oportuno alterar el orden en que viene expuestos los motivos de impugnación, comenzando por el examen de la invocada inexistencia de obligación por parte de TRAGSA de publicar las encomiendas de gestión que le realicen las entidades de las que es medio propio y la correlativa obligación de publicación de las encomiendas por las Comunidades Autónomas y la administración General del Estado, ya que solo si se

[redacted]

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

concluyera que TRAGSA es destinataria legal de tal obligación tendría sentido analizar el resto de los motivos de impugnación.

Para dilucidar tal cuestión resulta imprescindible analizar previamente la naturaleza jurídica de la encomienda de gestión, acudiendo para ello al articulo 15 de la Ley 30/92 y al 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.

El artículo 15 de la L. 30/1992 contempla la posibilidad de que los órganos administrativos o las entidades de Derecho publico encomienden la realización de actividades que son de su competencia a otros órganos o entidades de la misma o distinta Administración por razones de eficacia o cuando no posean los medios técnicos idóneos para su desempeño; el mismo precepto concreta que la encomienda de gestión no supone cesión de la titularidad de la competencia; el contenido de la encomienda se deja a la regulación de cada Administración; ello no obstante, existen unos requisitos o contenidos mínimos, como son la mención expresa de la actividad o actividades a las que afecta la encomienda, el plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la gestión encomendada. En lo que aquí particularmente interesa, se establece expresamente que *"en todo caso* ***el instrumento de formalización de la encomienda de gestión y su resolución deberá ser publicado,*** *para su eficacia en el Diario Oficial correspondiente."*

Con mayor precisión se regula naturaleza jurídica de la encomienda de gestión en el Real Decreto Legislativo 3/2011; el artículo 24 regula la *ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, y ejecución de servicios*

[redacted]

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

con la colaboración de empresarios particulares, estableciendo que la ejecución de obras y la fabricación de bienes muebles podrá realizarse por los servicios de la Administración, ya sea empleando exclusivamente medios propios o con la colaboración de empresarios particulares, en ciertas circunstancias, y en concreto, el punto 6 de este precepto dispone:

"A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los ***entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios*** *y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un* ***control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios.*** *Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública. En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles* ***encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos*** *de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a* ***tarifas aprobadas por la entidad pública*** *de la que dependan.*

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado ***deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos,*** *que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en*

[redacted]

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas."

El régimen jurídico de TRAGSA y de sus filiales está regulado en la Disposición Adicional 25ª del citado TRLCSP dispone:

"1. El ***grupo de sociedades mercantiles estatales*** *integrado por la «Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima» (****TRAGSA****), y las sociedades cuyo capital sea íntegramente de titularidad de ésta, tiene por* ***función la prestación de servicios esenciales*** *en materia de desarrollo rural, conservación del medioambiente, atención a emergencias, y otros ámbitos conexos, con arreglo a lo establecido en esta disposición.*

2. TRAGSA y sus filiales integradas en el grupo definido en el apartado anterior ***tienen la consideración de medios propios instrumentales y servicios técnicos*** *de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas,* ***estando obligadas a realizar, con carácter exclusivo, los trabajos que éstos les encomienden*** *en las materias señaladas en los apartados 4 y 5, dando una especial prioridad a aquéllos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren. De acuerdo con esta obligación, los bienes y efectivos de TRAGSA y sus filiales podrán incluirse en los planes y dispositivos de protección civil y de emergencias.*

Las ***relaciones*** *de las sociedades del grupo TRAGSA con los poderes adjudicadores de los que son medios propios*

[redacted]

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

instrumentales y servicios técnicos ***tienen naturaleza instrumental y no contractual,*** *articulándose a través de* ***encomiendas de gestión*** *de las previstas en el artículo 24.6 de esta Ley, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado.*

La ***comunicación*** *efectuada por uno de estos poderes adjudicadores encargando una actuación a alguna de las sociedades del grupo* ***supondrá la orden para iniciarla.***

3. El ***capital social*** *de TRAGSA será* ***íntegramente de titularidad pública.*** *(…..)"*

TERCERO: Sentado esto, debe analizarse la finalidad de la Ley de transparencia, los medios o instrumentos establecidos para lograr esa finalidad -y los medios coercitivos en caso de incumplimiento-, los sujetos obligados y el objeto de la obligación en cada caso.

Según el preámbulo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la información Pública y Buen Gobierno, "la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los **poderes públicos comienzan a responder a una sociedad** que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos."

Por ello, el articulado comienza señalando que "esta Ley tiene por objeto **ampliar y reforzar la transparencia de la**

[redacted]

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

actividad pública, regular y garantizar el **derecho de acceso a la información** relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las **consecuencias derivadas de su incumplimiento.**

El título I de la Ley regula e incrementa la transparencia de la actividad de todos los sujetos que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas mediante un conjunto de previsiones que se recogen en dos capítulos diferenciados y desde una doble perspectiva: la publicidad activa y el derecho de acceso a la información pública.

La denominada **publicidad activa** consiste en el establecimiento de una serie de obligaciones para los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del título I, que habrán de difundir determinada información sin esperar una solicitud concreta de los administrados. En este punto se incluyen datos sobre información institucional, organizativa y de planificación, de relevancia jurídica y de naturaleza económica, presupuestaria y estadística.

En cuanto al **ámbito subjetivo de aplicación**, o sujetos destinatarios de las obligaciones establecidas, viene contemplado en el artículo 2, que incluye a todas las Administraciones Públicas, organismos autónomos, agencias estatales, entidades públicas empresariales y entidades de derecho público, en la medida en que tengan atribuidas funciones de regulación o control sobre un determinado sector o actividad, así como a las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, incluidas las Universidades públicas; entre dichos sujetos de incluyen expresamente -art. 2.1 g)- "las sociedades mercantiles en cuyo

[redacted]

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100", por lo que sin duda TRAGSA esta sujeta a las obligaciones de transparencia establecidas.

Todos los sujetos contemplados, en cumplimiento de la finalidad señalada, "deberán publicarán de forma periódica y actualizada la **información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad** relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública."

Como información relevante se consideran los datos sobre información institucional, organizativa y de planificación, de relevancia jurídica y de naturaleza económica, presupuestaria y estadística.

Dentro de esta última categoría se recoge expresamente en el artículo 8.1 b) "*La relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas.* ***Igualmente, se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen,*** *con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma.*"

De toda esta regulación expuesta, y dado que pese a lo invocado por el Consejo en su contestación a la demanda, obviamente no todos los sujetos obligados deben difundir la misma información, sino sólo aquella que, en atención a su naturaleza y funciones aparezca como relevante, parece mas acertado concluir, según la tesis actora, que no es TRAGSA la

[redacted]

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

destinataria de la obligación de publicidad activa consistente en publicar las encomiendas de gestión que le confieran la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas.

Así, en primer lugar, la interpretación literal del inciso "encomiendas de gestión que se firmen" conduce a considerar que el destinatario de la obligación de publicar esa información es la administración que confiere la encomienda, en tanto sujeto activo que determina unilateralmente su objeto, presupuesto, duración y obligaciones económicas, ya que TRAGSA, que en este supuesto tiene la consideración de medio propio instrumental o servicio técnico de la administración que actúe, es pura y simplemente el destinatario de una orden que debe cumplir inexcusablemente, por lo que jurídicamente no "firma" nada, ya que no solo no decide la encomienda ni interviene en la configuración de su contenido, sino que ni siquiera se requiere o precisa su consentimiento o anuencia, por lo que carecen de sentido las alusiones contenidas en la contestación a la demanda a las "partes" de la encomienda: en puridad, y según la regulación indicada, no hay dos partes, sino solo un sujeto y un instrumento que, en cuanto tal, no es destinatario adecuado de este tipo de obligaciones.

Por lo demás, esta interpretación se ajusta mejor a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 30/92, que impone la publicación en el Diario Oficial correspondiente del **"instrumento de formalización de la encomienda de gestión y su resolución deberá ser publicado"**, obligación obviamente referida a la administración encomendante.

Ciertamente, podría considerarse, siguiendo el dicho popular "lo que abunda no daña", que en este caso de las

[redacted]

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

encomiendas de gestión los sujetos obligados son dos, la Administración que encomienda y el medio propio al que se encomienda, pero ello va en contra de un principio elemental de claridad y economía de medios, e incluso de seguridad jurídica para los particulares, en tanto que las normas concretas de publicidad activa, referidas a unos mismos datos, podría variar en función de los sujetos, si la Administración encomendante es una Comunidad Autónoma, en los términos señalados en los respetivos escritos expositivos de las partes.

En este sentido, es cierto que la frase "***las subcontrataciones*** *que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma*", puede inducir a confusión, ya que, en principio, si la encomienda de gestión no tiene naturaleza contractual no cabe en puridad concebir una subcontratación; en cualquier caso, y tratando de integrar razonablemente esa mención en el sentido de la norma que se analiza, resulta que la publicidad activa respecto a las posibles "subcontrataciones" sigue incumbiendo la administración encomendante en el caso de que vengan previamente determinadas por la encomienda; caso contrario, este eventual supuesto encontraría mucho mejor encaje en la letra a) del artículo 8.1 -todos los contratos-, en tanto único acto de gestión propio de TRAGSA, en los casos en los que se produzca esa contratación, pero no con carácter general en el apartado de las encomiendas.

CUARTO: Y todo ello, sin perjuicio del deber de TRAGSA de proporcionar a los particulares que lo soliciten la información que obre en su poder, pero ello en el ámbito del derecho de acceso y no en el de la publicidad activa, salvo que concurra alguna de las excepciones legales como, por

[redacted]

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

ejemplo, la contemplada en el artículo 18.1 a) de la Ley; no obstante, como quiera que la resolución recurrida, aunque estima formalmente la reclamación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE PARQUES Y JARDINES no contiene ninguna declaración respecto al derecho de acceso de la inicial solicitante a los datos referidos, sino que directamente considera que tal reclamación se satisface mediante la publicación activa de esos datos, debe estimarse el presente recurso.

QUINTO: El artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa establece un criterio objetivo en materia de imposición de costas procesales, si bien admite, como excepción y previa motivación, que no se haga imposición de las mismas si el caso resuelto presenta serias dudas de hecho o de derecho; a la vista de las notables dudas de derecho e interpretativas que plantea este supuesto, no procede efectuar especial imposición de las costas procesales.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

FALLO que estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales [redacted] en nombre y representación de EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA, S.A., (TRAGSA) y de TECNOLOGÍAS y SERVICIOS AGRARIOS, S.A. (TRAGSATEC), contra la resolución de la Presidenta del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 16 de octubre de 2015, por la que se estima la reclamación presentada por ASEJA, instando al GRUPO TRAGSA a la publicación en su Portal de Transparencia de la información consistente de las encomiendas de gestión objeto de solicitud y a que, progresivamente, vaya incorporando todas de las que haya formado parte, debo declarar y declaro que dicha resolución no es ajustada a derecho, por lo que la anulo; sin

[redacted]

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

especial declaración en cuanto a las costas procesales causadas en esta instancia.

Contra esta sentencia cabe recurso de apelación en ambos efectos, a interponer ante este mismo Juzgado en el plazo de quince días desde su notificación.

Así lo pronuncio, mando y firmo.

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN Y NOTIFICACIÓN.- La extiendo yo, la Letrada de la Administración de Justicia, para hacer constar que, después de haber sido firmada digitalmente la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de este Juzgado, que la ha dictado, se procede a su publicación, notificándose a las partes y dándosele la publicidad en la forma permitida y ordenada en la Constitución y las leyes, de conformidad con el art. 212,1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Doy fe.

[redacted]