

Límites objetivos a la externalización de procedimientos administrativos

Fernando Luque Regueiro (Letrado de la Comunidad de Madrid)¹

¹ En la actualidad ocupa el puesto de Subdirector General de lo Consultivo en la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

Resumen

El presente trabajo pretende ofrecer una aproximación al fenómeno, cada vez más frecuente, de la externalización parcial o total de procedimientos administrativos. Expondremos sus límites objetivos, haciendo un tratamiento separado de las distintas manifestaciones de externalización, y analizaremos la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia.

Abstract

This work aims to offer an approach to the increasingly frequent phenomenon of the partial or total outsourcing of administrative procedures. We will expose its objective limits, making a separate treatment of the different manifestations of outsourcing, and we will analyze the recent jurisprudence of the Supreme Court on the matter.

I. Consideraciones previas y marco legal.

La externalización de funciones en las Administraciones Públicas modernas, entendida en un su sentido amplio, resulta innata y consustancial a la existencia de sus obligaciones prestacionales y a la correlativa carencia en su seno de medios directos para cumplimentarlas.

Su expresión más primigenia y natural se halla en la contratación pública de obras, servicios y suministros, a cuyo través las Administraciones se abren al mercado para proveerse de los medios necesarios para realizarlos o conseguirlos², pero alcanza también a otras figuras de más reciente creación, tendentes a una similar finalidad y que surgen al amparo de sus potestades auto organizativas, como la encomienda de gestión o el encargo a medios propios personalizados. En ambos casos es común el desplazamiento o deslocalización del ejercicio de la competencia del órgano titular en otros entes distintos, con las matizaciones que después apuntaremos.

En realidad, y para ser precisos, en los encargos es impropio e incluso contradictorio hablar de externalización porque, como se sabe, se tratan de operaciones “*in house provinding*” o “*contrat maison*”, esto es, actuaciones de internalización y autoprovisión, en la medida en que las Administraciones encargantes ejercen “*un control análogo*” sobre sus medios propios aunque estos tengan personalidad jurídica distinta. En cualquier caso, en un ánimo simplificador, emplearemos en el presente trabajo, si se nos permite, una terminología unívoca, englobando todas estas prácticas bajo el término de externalización.

Podría asimismo hablarse de cierta externalización en los convenios³, aún con sus notas definidoras que las alejan del contrato (convergencia en intereses y fines,

² El artículo 28.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, (LCSP), reconoce a las entidades del sector público la potestad de celebrar contratos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales.

³ El artículo 47.1 de la Ley 40/2015, de 3 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, los define como “*los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común*”, y precisa que “*los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público*”.

aportaciones de bienes y/o elementos personales de los firmantes, y ausencia de relación sinalagmática).

En todos estos supuestos de externalización afloran unos límites infranqueables que derivan de la retención en exclusiva por parte de las administraciones de todo lo referido al ejercicio de las potestades públicas o ejercicio de autoridad, de manera que las funciones que afecten directa o indirectamente a este núcleo indeclinable han de permanecer residenciadas y ejercitadas por el órgano titular de la competencia.

Estos contornos irreductibles se reconocen expresamente en nuestro derecho positivo.

En el ámbito contractual ha sido tradicional la proscripción derivada del ejercicio de la autoridad⁴. Así el artículo 17 de la vigente LCSP⁵, al definir el contrato de servicios, señala que *“no podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”*.

Esta misma regla se reitera, en sede de contratos de concesión de servicios, tanto en el artículo 248, de modo que *“en ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”*, como en el artículo 287 cuando establece que *“la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate”*.

⁴ La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su Informe 2/06, de 24 de marzo de 2006, acerca de la *“Posibilidad de gestionar indirectamente un contrato de servicio de prevención y extinción de incendios o consideración de la prestación como de ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos”*, hacía un repaso normativo del referido límite: *“La evolución de la normativa sobre contratación de las Entidades Locales y sobre contratación de las Administraciones Públicas, en general, siempre ha exigido para la prestación mediante gestión indirecta de los servicios públicos el doble requisito de que tengan contenido económico y que no impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, expresión que ha sustituido a la anteriormente utilizada de no implicar el ejercicio de poderes soberanos (artículo 43.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955; Base IX, apartado 2, de la Ley de Bases de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963; artículo 63 de la Ley de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril; artículo 198 de los Reglamentos de Contratación del Estado, aprobados por Decreto 2354/1967, de 26 de diciembre, y por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre; artículo 95.1 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y artículo 155.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio)”*.

⁵ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen 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.

Como dice la doctrina⁶, *“esta exclusión es clásica en este tipo de contratos por tratarse de una serie de actividades que implican el ejercicio de la potestad de imperium inherente a la administración en un estado de derecho”*.

Y ello es así, porque este tipo de actividades están reservadas a los funcionarios públicos, tal y como se preocupa de recordar el artículo 9.2 del EBEP⁷: *“en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”*.

En igual sentido, pero con mayor detalle justificativo, el artículo 92.3 de la LBRL⁸, circunscribe este ámbito de actuación funcional inquebrantable, de suerte que *“corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”*.

Como puede observarse, el último inciso del precepto incluye una proposición que permite identificar la *ratio* de la reserva de estas actividades en los funcionarios públicos, íntimamente relacionada con el principio funcional que preside la actuación de las administraciones públicas al servicio de los intereses generales, que no es otro que la objetividad de dicha actuación como impone el artículo 103 de nuestra Carta Magna, y dicho principio constitucional de objetividad requiere necesariamente de la imparcialidad e independencia de quienes dan cuerpo a las administraciones públicas, siendo que sólo

⁶ Recuerda Girela, M. A. Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público. Civitas. Thomson Reuters. Primera Edición. Junio 2018. Pág.177.

⁷ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

⁸ Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

se presumen tales notas garantistas en los funcionarios públicos⁹ (en este sentido, la Sentencia 1160/2020, de 14 de septiembre, del Tribunal Supremo, que después analizaremos).

Por esta misma razón el artículo 113 de la LRJSP¹⁰, establece una exclusión similar respecto de las sociedades mercantiles públicas, que “*en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, (...)*” en tanto en cuanto el personal de dichas sociedades no es funcionarial sino laboral (artículo 117.4).

Centraremos nuestro trabajo en la externalización que afecta específicamente a la tramitación misma de procedimientos administrativos, fenómeno que se ha manifestado cada vez con mayor insistencia, y distinguiremos por separado los instrumentados a través de contratos, encomiendas de gestión y encargos a medios propios.

II. Los límites objetivos de la externalización en la contratación pública.

No han sido muy numerosos los pronunciamientos de las juntas consultivas o de los tribunales administrativos de contratación sobre esta problemática. Como veremos, en algunos casos se ha intentado ofrecer una definición genérica del concepto jurídico indeterminado “*ejercicio de la autoridad*” -que actúa como eje delimitador del objeto contractual, como ya hemos apuntado-, en otros se ha tratado de realizar una enumeración o identificación de aquellas potestades administrativas que perentoriamente son intocables, aunque, ya lo adelantamos, estos intentos conceptualistas apriorísticos no acaban de tener virtualidad definitiva, pues más allá de su valor aproximativo, deviene necesario afrontar un estudio casuístico, entreverando y confrontando el alcance preciso de la externalización en cada supuesto. Por lo demás, sí cabe apreciar una progresiva interpretación extensiva del “*ejercicio de la autoridad*”, constriñendo de esta manera el ámbito contractual.

⁹ En nuestra opinión, una más completa consecución de la imparcialidad de los funcionarios públicos exigiría que los puestos de trabajo que estos ocupan gozaran de la garantía de cierta inamovilidad, lo que requeriría una mayor generalización del sistema de provisión de puestos de trabajo a través del concurso, limitando así el sistema de libre designación. Los puestos de libre designación colocan al funcionario en una posición más expuesta a injerencias políticas y exigen del funcionario un prurito de rectitud y honestidad profesional.

¹⁰ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Las dificultades definitorias aludidas ya fueron puestas de manifiesto en el informe 2/06, de 24 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en el que se advertían las complicaciones que suponía definir “*el ejercicio de autoridad*”, y así se podía leer que “*las opiniones doctrinales que se han enfrentado al comentario del artículo 155.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, han puesto de relieve la dificultad, ante la falta de una tipología legal de servicios que implican el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, de concretar tal expresión, señalándose como ejemplos de materias vedadas a la contratación, la potestad sancionadora, la defensa nacional, la seguridad ciudadana, y el sistema penitenciario en su núcleo fundamental, pero concluyendo que todo ello “exige el análisis pormenorizado y concreto de las actividades desde el momento en que pueda identificarse el núcleo que realmente constituirá ejercicio de autoridad de aquéllos aspectos que no lo sean y, por tener un contenido económico, puedan ser objetos de contratación”*”.

Sentadas dichas consideraciones previas, podemos reparar, en primer lugar, en el informe 36/1998, de 16 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en el que, sin embargo, pasó desapercibida una externalización más que cuestionable a la vista de la doctrina que analizaremos a lo largo del presente estudio. La consulta allí tratada pretendía discernir si determinadas contrataciones debían calificarse como contrato de consultoría y asistencia técnica o como contrato de servicios -en el marco de la legislación de contratos entonces vigente, que aún distinguía entre ambos tipos contractuales-, pero subyacía una problemática previa no dirimida, pues, como se explica en su antecedentes, los objetos contractuales venían referidos a actividades de apoyo a la tramitación administrativa de expedientes, y dichas actividades no sólo atendían a labores mecanográficas de ordenación de documentos, introducción de datos en ordenador o notificación de actos, sino también alcanzaba a la elaboración de informes, calificación jurídica de documentación o valoraciones técnicas o económicas, trascendentes para alcanzar propuestas de resolución, tareas éstas que se conectan claramente con actuaciones anejas al ejercicio de potestades públicas.

En el informe 8/2004, de 12 de marzo, de esa misma Junta Consultiva, se interesaba por un ayuntamiento “*la posibilidad de crear la plaza de recaudador funcionario y contratar con una empresa de colaboración las tareas de asistencia a este funcionario en el ejercicio de la función recaudatoria*”, y se cuestionaba si esa actuación podía constituir un fraude de ley y si podía considerarse que de esta manera se realizaban

funciones reservadas a los funcionarios, o por el contrario, si era conforme a derecho en la medida en que se limitaba a asistir al titular del servicio, siendo este un funcionario. La Junta consideró en este caso que tales tareas de asistencia no implicaban ejercicio de autoridad, por lo que dicha contratación era viable jurídicamente¹¹.

El informe 52/2009, 26 de febrero de 2010, también de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, daba contestación a un ayuntamiento que planteaba la contratación de un servicio de colaboración en materia de inspección tributaria, y se describían tres prestaciones distintas.

En primer lugar, se aludía a la *“posibilidad de que el contratista efectúe comunicaciones, informes, visitas y actuaciones conforme a las disposiciones legales vigentes en materia tributaria y otras de aplicación, bajo la supervisión de inspectores municipales”*, argumentando la Junta que esa supervisión no era suficiente para legitimar el objeto contractual, pues tales actuaciones formaban parte del procedimiento administrativo de inspección, y se advertía que el contratista tendría que limitar su prestación a labores de asistencia y apoyo administrativo y técnico, sin que, en ningún caso supusiera una colaboración directa o sustitución del inspector¹².

La segunda actividad cuestionada se refería a la posibilidad de que el contratista colaborase *“en la incorporación a los expedientes de inspección de todos aquellos documentos que formen la prueba”*. En este caso la Junta dio su conformidad aun

¹¹ *“la posibilidad de contratar con una empresa de colaboración las tareas de asistencia en el ejercicio de la función recaudatoria a un recaudador funcionario, cuya plaza pretende ser creada, la respuesta afirmativa se basa en la posibilidad general que tienen las Administraciones Públicas de celebrar contratos de servicios con empresas particulares en los que la realización de su objeto sea de carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga o complementarias para el funcionamiento de la Administración, como señalan las letras a) y b) del artículo 196.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas siendo indudable que estos servicios que se pretende contratar no están incursos en la prohibición del apartado del mismo artículo 196 en cuanto no implican ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”*.

¹² *“Asumiendo que estas actividades se desarrollen en el curso de un procedimiento de inspección, como parece ser el caso, esta Junta Consultiva entiende que en la medida en que tengan encaje en el artículo 142 de la Ley General Tributaria, como también parece ser el caso, no podrán ser objeto de un contrato de servicios. La supervisión de los inspectores municipales no es en ningún caso suficiente para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley General Tributaria. Deben ser los inspectores municipales quienes realicen estas actividades directa y personalmente. El contratista únicamente podrá prestarles servicios de asistencia y apoyo administrativo y técnico que faciliten la realización de estas actividades, pero no colaborar directamente en su ejecución ni sustituir a los inspectores municipales”*.

condicionada a que se trataran de labores propias y usuales de las que se encarga habitualmente el personal administrativo¹³.

Por último, se valoraba “*la realización de actuaciones preparatorias o de comprobación, o prueba de hechos o circunstancias con trascendencia tributaria*”. También en este caso se supeditó su viabilidad a que se redujeran a actuaciones de mero apoyo administrativo y técnico¹⁴

La Junta Consultiva de Contratación del Estado se vio forzada finalmente a ofrecer una definición del “*ejercicio de autoridad*”, en su Informe 14/10, de 23 de julio, pues se interesaba su criterio directamente y en abstracto sobre cómo interpretar aquel concepto, señalándose, de manera aproximativa y ciertamente abstrusa que “*debe entenderse que existe ejercicio de autoridad allí donde se puede actuar con potestad de imposición sobre la libre capacidad de decisión de los ciudadanos y ejercitando potestades que, por su propia naturaleza, no son predicables de los administrados ni aún en el ámbito de su esfera privada*”. Se referenciaban así dos atributos definitorios: su incidencia en la esfera jurídica del administrado y su sometimiento a derecho público en el sentido de ejercer unas prerrogativas de las que carece el administrado.

Esta definición nos recuerda a la referida, años después, en el Acuerdo 65/2016, de 28 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra¹⁵, en el

¹³ “*Esta Junta Consultiva entiende que si esta actuación es de carácter meramente administrativo o si consiste en servicios informáticos que den apoyo y asistan a los inspectores municipales en la labor de recopilar, organizar y archivar la información y documentación que integra los expedientes de inspección, en ese caso entiende esta Junta Consultiva que esos servicios podrían ser objeto de un contrato de servicios. Si, por el contrario, esa labor de incorporación va más allá e implica, por ejemplo, la obtención de esa información o alguna actividad reservada a los funcionarios públicos por la Ley General Tributaria o por implicar ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos, en ese caso no sería posible su contratación*”.

¹⁴ “*Entiende esta Junta Consultiva que la intervención del contratista debe ser, una vez más, de mero apoyo y asistencia administrativa y técnica. Su realización quedaría reservada a los funcionarios públicos dado que estas actividades preparatorias de una eventual sanción son expresión del ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración Pública*”.

¹⁵ Dicha resolución estima la reclamación presentada por el Colegio Oficial de Arquitectos de Navarra, frente a un pliego de un contrato de asistencia técnica de arquitecto superior. Al hilo de dicha reclamación el tribunal analiza de oficio la viabilidad del objeto contractual, como posible vicio de nulidad de pleno derecho no alegado por la parte recurrente. Así, y en primer término aprecia una indeterminación del objeto contractual, pero también valora si las prestaciones prevenidas en el pliego suponen la realización de funciones reservadas a los funcionarios.

contexto de un contrato en el que se incluyen "los servicios de arquitectura, de planificación urbana y servicios de arquitectura paisajista".

En efecto, en dicha resolución se ofrece un acercamiento al concepto, pero con un mayor grado de concreción, disponiendo que debe "*entenderse por participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas el ejercicio de todas las potestades administrativas que configuran dicho núcleo, que incluye la elaboración, preparación y aprobación de actos administrativos limitativos de derechos, las actividades de inspección y sanción, exacción de impuestos o la emanación de órdenes de policía, con exclusión de aquellas actividades públicas de carácter meramente auxiliar o de apoyo, ya sean técnicas o administrativas*"¹⁶.

Y concluye que "*así, las funciones reservadas deben ser aquellas que tengan transcendencia para la situación jurídica de los ciudadanos por afectar a sus derechos y obligaciones, en cuanto se requiere la nota de objetividad e imparcialidad que sólo puede proporcionar el estatuto funcional, de manera que cuánto más intensa es la escala de la intensidad de exigencia de dicho principio, procederá su atribución al personal funcionario, como ocurre, junto con las potestades de expropiación, inspección, sanción o de concesión de subvenciones, en el caso de la participación en la tramitación de procedimientos administrativos, que incluye informes y borradores de resoluciones administrativas o asesoramiento técnico o jurídico, entre otras*".

Como puede observarse, se hace una interpretación amplia del concepto jurídico, de manera que se veda al ámbito contractual todas aquellas funciones que pudieran concernir a la esfera de derechos u obligaciones del administrado, lo que, en definitiva,

¹⁶ Asimismo se evoca lo previamente sostenido al efecto por la Abogacía del Estado: "*en este sentido, el Dictamen de la Abogacía del Estado 6/93 (Ref. A.G. Servicios jurídicos periféricos), "Criterios para delimitar qué actividades de las Administraciones Públicas constituyen el ejercicio de potestades administrativas", señala que "A los efectos de la delimitación de qué actividades constituyen el ejercicio de potestades administrativas debe entenderse, como este Centro expuso en el informe de 17 de marzo de 1993 (ref. A.G. Varios 1/93) —siguiendo la línea de pensamiento de la doctrina mayoritaria —, que dichas potestades son «ciertos poderes reconocidos a las Administraciones Públicas por la Ley y que habilitan a aquéllas para imponer conductas o situaciones de sujeción a terceros sin la voluntad de éstos. Concebido el concepto en estos términos, se trata, evidentemente, de manifestaciones de la situación de supremacía en que las referidas Administraciones se encuentran respecto de los ciudadanos y que, como tales, sólo pueden ejercitarse en el ámbito del Derecho público, ya que en las relaciones de Derecho privado las partes actúan en pie de igualdad. Los ejemplos más significativos de los poderes en cuestión son las potestades reglamentaria, tributaria, expropiatoria, de policía, sancionadora y de autotutela»".*

supone una restricción en grado sumo a la externalización de aquellos trámites que influyan de alguna manera en el resultado de cualquier procedimiento administrativo.

Finalmente, el precitado Acuerdo 65/2016 aplica la doctrina expuesta al supuesto de hecho planteado, haciendo especial referencia a la emisión de informes preceptivos, concretando que *“deben constituir funciones reservadas a los funcionarios municipales las que se concretan en la redacción de informes preceptivos en los expedientes de licencias de obras y licencias urbanísticas, Planes de Ordenación municipal y Programas de Actuación urbanística, redacción de instrumentos de Planeamiento, intervención en procedimientos expropiatorios, expedientes sancionadores e inspección y redacción y dirección de obras municipales, así como la elaboración de informes y dictámenes e intervención en actuaciones inspectoras en los expedientes de obras y urbanismo”*¹⁷.

De igual manera se pronuncia sobre la prestación de asesoramiento técnico, distinguiendo *“tanto el prestado directamente al ciudadano como a autoridades, en las que de una forma clara e indiscutible se proyecta el ejercicio de una autoridad pública por conllevar afecciones sobre la situación jurídica de los particulares a los que se dirige dicho asesoramiento, en el primer caso, y suponer una intervención en los procesos de formación de los actos administrativos, en el segundo caso, supuestos ambos en los que se desarrollan actuaciones profesionales conectados con los principios de objetividad y eficacia y que requieren de la imparcialidad exigible a los funcionarios públicos”*¹⁸

Tan sólo salva de la nulidad a aquellas *“tareas de redacción de proyectos urbanísticos y de obras de la propia Administración en la medida en que se configuran como actuaciones temporales, y siempre que no se consagren como permanentes, lo*

¹⁷ Aclara en este sentido que *“específicamente, respecto de la potestad urbanística, en sus manifestaciones de gestión y disciplina en las que la Administración para su ejecución actúa investida de prerrogativas públicas, en la medida en que la emisión de informes preceptivos se inscribe dentro de una potestad de carácter público, la urbanística, dichas funciones, entendemos que no pueden ser objeto de prestación de servicios”*.

¹⁸ Con argumento a mayores apostilla que *“no puede ser otra la conclusión a alcanzar cuando dicho asesoramiento, que pertenece al asesoramiento general y habitual de la actividad administrativa, ni siquiera puede ser prestado por una clase de empleados públicos, que es el personal eventual, que accede temporalmente a la Administración Pública para ocupar puestos de confianza o asesoramiento especial, art. 89 de la LBRL, en el que, de conformidad con una doctrina jurisprudencial consolidada hay que excluir el asesoramiento jurídico o técnico, que sólo puede ser prestado por los empleados públicos seleccionados en procedimiento selectivo tramitado conforme a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, de conformidad con los artículos 23 y 103 de la Constitución, cuánto menos por personal ajeno a la entidad municipal a través de un contrato de asistencia”*.

mismo que la vigilancia del estricto cumplimiento, tanto por parte de los contratistas de las obras municipales como por su dirección facultativa, de las prescripciones técnicas contenidas en los proyectos de ejecución promovidos por el Ayuntamiento contratante". Nótese que la resolución aporta en este punto un criterio, el temporal, como decisivo para la ilicitud del objeto contractual, de modo que éste no puede sucumbir a una suplantación permanente de las funciones del empleado público, revirtiéndose el sistema ordinario de atribución de competencias. Dicha nota de la permanencia es retomada posteriormente por los más recientes pronunciamos del Tribunal Supremo, referidos a encargos a medios propios, como veremos más adelante.

Finalmente, el meritado Acuerdo 65/2016, a título ilustrativo, cita varias sentencias en las que se reconoce la reserva funcional respecta de determinadas actuaciones¹⁹.

III. Límites objetivos en la encomienda de gestión administrativa.

La encomienda de gestión es una técnica de auto organización administrativa que cobra cuerpo, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 15 de la LRJPAC.²⁰ El objeto de las encomiendas versaba sobre la realización de "*actividades de carácter material, técnico*" o "*de servicios*" de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de derecho público encomendantes. La inclusión del inciso referido a los "*servicios*" entrañó una fuerte confusión con la figura de la "*encomienda de gestión*" a medios propios y servicios técnicos prevista años más tarde en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en la medida que le otorgó idéntica denominación²¹, conviviendo así dos figuras en textos legales distintos

¹⁹ "*A este respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en las Sentencias de 25 de mayo de 2009 (nº 597/2008) y 8 de febrero de 2011 (nº 113/2009), ha considerado que la reserva funcional afecta a las actuaciones de controles de seguimiento, comprobación de cumplimiento, registro, archivo, clasificación de documentos administrativos, tareas organizativas de los expedientes administrativos y la tramitación de solicitudes con fijación de su prelación y su admisión.*

También la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Sevilla, Sección Tercera, del TSJ de Andalucía, recurso nº 404/2010, anula una Orden de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía por la que se delegaba en una Agencia Pública Empresarial con personal laboral la facultad de conceder subvenciones con indicación de que la concesión de subvenciones implica el ejercicio de potestades administrativas que no pueden ser realizadas por el personal de dicha Agencia".

²⁰ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

²¹ Recordemos que la referida Ley señalaba en su artículo 4.1.n), en sede de negocios y contratos excluidos de la Ley de Contratos a "*los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme*

con notas parcialmente coincidentes. Podría considerarse que la encomienda de gestión del artículo 15 englobaba también las encomiendas de gestión a medios propios reguladas en la legislación contractual, como indica Martínez Ávila²². La diferencia, debe añadirse, es que éstas sólo podían instrumentarse a través de entes que tuvieran la consideración de medio propio según los requisitos establecidos en la propia legislación contractual, y correlativamente, que las encomiendas de gestión del artículo 15 no podían realizarse por personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, como proscribía el propio artículo 15.5.

Por otro lado, las causas que justificaban la encomienda se ceñían a “razones de eficacia” o “cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño”, configurándolos como motivos alternativos –aunque algunos autores señalaron que sólo hay “en el fondo una sola razón, la eficacia, especificada en un caso concreto”²³.

La ley aclaraba que la encomienda no supone “alteración de la titularidad de la competencia, aunque sí de los elementos determinantes de su ejercicio que en cada caso

a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174”.

Dicho precepto reenviaba al artículo 24.6, que generó la confusión terminológica aludida, al emplear la misma denominación empleada en la Ley 30/1992: “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 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”.

²² Martínez Ávila. A. Régimen Jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común. Recuerda Girela M.A (Director). Thomson Reuters Aranzadi. 2016. Pág.1032.

²³ Sardina Páramo. J.A Estudios y Comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Tomo I. Ministerio de Justicia. Madrid. 1993. pag.46.

se prevén” (artículo 12). Su literalidad aislada hacía presagiar que la encomienda admitiría la alteración o traslado de cualesquiera elementos del ejercicio de la competencia en el órgano encomendado, lo que, sin embargo, resultaba refutado a la luz del artículo 15.2, que acotaba la encomienda en el sentido de que no podía suponer cesión “*de los elementos sustantivos de su ejercicio*”, lo que se ligaba a la responsabilidad atribuida al órgano o entidad encomendante para “*dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda*”.

Dichos límites suponían que toda la actividad material encomendada debía estar supeditada a actos o resoluciones jurídicas que les dieran suficiente cobertura y dictadas por el órgano encomendante, pero si esto hubiera sido así, la encomienda hubiera devenido en un sin fin de comunicaciones entre órganos encomendante y encomendado para el dictado de los soportes jurídicos oportunos, lo que hubiera mermado significativamente la eficacia que se propendía particularmente con la encomienda. Como veremos más adelante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo critica la imprecisión del artículo 15 en este punto, ofreciendo una interpretación favorable a la posibilidad de que el órgano encomendado pudiera realizar algunos trámites administrativos, en particular, los actos denominados de carácter interlocutorio.

Desde una perspectiva adjetiva, se preveían dos instrumentos de formalización de la encomienda, según ésta tuviera lugar entre órganos y entidades de derecho público pertenecientes a la misma administración o a distintas administraciones. En el primer caso, se remitía “*a los términos que establezca su normativa propia*” y, en su defecto, se exigiría un “*acuerdo expreso de los órganos o Entidades intervinientes*”. En el segundo, la encomienda se formalizaría, como regla general, mediante firma del correspondiente convenio entre ellas²⁴. Paradójicamente, sólo en el primero de los supuestos se contemplaba expresamente la necesidad de publicidad del instrumento de formalización de la encomienda de gestión y su resolución. Cierta doctrina, sin embargo, consideró que

²⁴ Con la salvedad de que se tratara de la gestión ordinaria de los servicios de las Comunidades Autónomas por las Diputaciones Provinciales o en su caso Cabildos o Consejos insulares, y cuyo caso, se habría de atender a las previsiones de la legislación de régimen local.

“una interpretación razonable extiende dicho precepto, por aún mayor identidad de razón, a las encomiendas interadministrativas”²⁵.

El régimen jurídico de la encomienda desbrozado sufrió algunas modificaciones de relieve con ocasión de la redacción del artículo 11 de la LRJSP.

Siguiendo nuevamente a Martínez Ávila, la principal novedad radicaba en excluir de manera expresa del ámbito objetivo de la encomienda de gestión las prestaciones propias de los contratos de servicios²⁶ soslayando así la superposición de las figuras referidas en los distintos cuerpos normativos de régimen jurídico y de contratación del sector público, que antes apuntamos. Ello se plasma en la definición de la encomienda postulada ahora por el artículo 11.1, al suprimir la referencia a los “servicios”, de modo que el objeto de la encomienda quedaba reducido a *“la realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público”*.

En esta misma sintonía, la nueva ley recalca que la encomienda de gestión sólo puede realizarse por *“órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades”* (art. 11.1). Se especifica, de esta manera, la necesidad del carácter público de la entidad encomendada –aunque tal circunstancia se derivaba en el régimen anterior de la prohibición inserta en el precitado artículo 15.5, que ahora se suprime-.

Pueden apuntarse otras modificaciones de menor calado, como la atinente al régimen de publicidad de las encomiendas, subsanando la deficiencia antes reseñada, de manera que las encomiendas interadministrativas también debían ser objeto de publicación. Se hace expreso este condicionante en el artículo 11.3.b)²⁷.

²⁵ Sardina Páramo. J.A. Estudios y Comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Tomo I. Ministerio de Justicia. Madrid. 1993. pág.47.

²⁶ El artículo 11 en su párrafo segundo dispone que *“las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en ésta”*.

²⁷ *“Cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos y Entidades de Derecho Público de distintas Administraciones se formalizará mediante firma del correspondiente convenio entre ellas, que deberá ser publicado en el «Boletín Oficial del Estado», en el Boletín oficial de la Comunidad Autónoma o en el de la Provincia, según la Administración a que pertenezca el órgano encomendante, salvo en el supuesto de la gestión ordinaria de los servicios de las Comunidades Autónomas por las Diputaciones Provinciales o en su caso Cabildos o Consejos insulares, que se regirá por la legislación de Régimen Local”*.

Así, pues, con la LRJSP se amplían las distancias entre ambos tipos de encomiendas, reduciendo considerablemente el ámbito de actuación de la encomienda regulada en sede de régimen jurídico. De hecho, ya se había apuntado previamente por la doctrina que la encomienda de gestión del artículo 15 “*ha quedado prácticamente sin contenido desde la publicación de la LCSP 3/2007*” siendo absorbida por la regulada en la legislación contractual²⁸

Más recientemente y de forma más justificada se ha dicho que “*si bien la LRJSP –art. 11.1- declara que las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público, y aun cuando el artículo 11 de la LRJSP no menciona ya la palabra <<servicios>> del objeto de la encomienda de gestión, y que sí contenía expresamente el precedente artículo 15 de la Ley 30/1992 (lo cual era muy expresivo de su objeto), lo cierto es que si la encomienda es intersubjetiva (no meramente interorgánica) y retribuida, es difícil concebir una <<actuación material o técnica>>, de la que se excluye expresamente la producción de actos jurídicos (<<siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda>> -art. 11.2-), que no pueda ser considerada objeto de un contrato de servicios, una vez que éste, tras la LCSP 2017, ha pasado a alcanzar un carácter residual y omnicompreensivo. Es decir, si bien en el régimen previo de la LCSP 2007, dado el ámbito limitado de los contratos típicos, podía mantenerse la dualidad de figuras, en la actualidad es muy dudoso siendo sustituida por la regulada en la legislación contractual*”²⁹.

²⁸ La encomienda de gestión: áreas de riesgo y perspectivas de futuro tras la aprobación de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública. Cossío Cadpedvilla. A. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid nº32, 2015 (págs 199-214).

²⁹ Fernández Ramos. S y Pérez Monguió. J.M. Los encargos a medios propios: ¿recurso ordinario o excepcional? Revista General de Derecho Administrativo. Nº 61 (Iustel, octubre 2022). Al hilo de lo que hemos apuntado se expone un ejemplo de la normativa vasca: “*Así, la reciente Ley 3/2022, de 12 de mayo, del Sector Público Vasco, que regula de forma diferenciada la encomienda de gestión intrasubjetiva (art. 29) y la intersubjetiva (art. 37), exige para esta que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) <<Que el órgano que realice la actividad encomendada lo haga a título gratuito>> (en cuyo caso, no hay contrato público). b) <<Que la entidad que vaya a desarrollar la actividad encomendada pueda ser considerada, en el uso de esta técnica administrativa, como medio propio o servicio técnico de la entidad encomendante>> (en cuyo caso la figura se confunde con el encargo a medio propio, lo que estimamos contradice el art. 11.1 LRJSP, así como el art. 32 LCSP). c) <<Que, por su objeto, su causa u otra circunstancia jurídicamente relevante, no tenga la naturaleza de contrato sujeto a la Ley de Contratos del Sector Público>>. Pero aquí es, justamente, donde se produce la dificultad antes señalada. Todo ello sin*

La Resolución 696/2022, de 16 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, con reproducción de otras anteriores, abunda en las diferencias entre ambas figuras³⁰.

Una vez sentadas las notas características de las encomiendas de gestión, comprenderemos con mayor facilidad los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre sus límites objetivos. No han sido muchos sus pronunciamientos, pero podemos rescatar, en primer lugar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2013, que confirma una previa sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 8 de febrero de 2011, que a su vez, anulaba una encomienda de gestión por la que se atribuía el ejercicio de determinadas actividades materiales y de gestión administrativas de registro y clasificación de contratistas y subcontratistas.

La sentencia³¹ afronta la alegación opuesta por la administración pública recurrente, referida a la vulneración del artículo 15 de la LRJPAC, así como el artículo 38 y la disposición adicional segunda de esta Ley, y se transcribe, a estos efectos, el enjuiciamiento de instancia, que se preocupó de realizar un análisis de las tareas encomendadas, siendo éstas el archivo y clasificación de documentos, respecto de las cuales se había considerado que la *“clasificación, por fuerza conlleva una valoración que al tratarse de documentos administrativos comportará un ejercicio de potestades que va más allá de una actuación puramente material o técnica”*. También se detiene en las *“tareas organizativas de los expedientes y la documentación que contienen”*, habiéndose señalado que *“es igualmente obvio que la organización de los expedientes supone la aplicación de los principios contenidos en la ley 30/1992 en concreto en su Título VI. Las*

tener en cuenta, además, la doctrina de la sentencia del TJUE de 21-12-2016, asunto C-51/15, Remondis, según la cual para que una transferencia de competencias relativa al desempeño de funciones públicas entre entidades pública pueda considerarse un acto de organización interna excluido de la Directiva de contratos es necesario que la autoridad pública ejerce dicha competencia de manera autónoma y bajo su propia responsabilidad, de modo que dispone de autonomía decisoria y financiera (apartados 51 y 55)”.

³⁰ Así señala que *“la naturaleza de los encargos del artículo 32 de la LCSP se configura como una técnica auto-organizativa de cooperación vertical, a la que no resulta de aplicación la normativa contractual y que difiere de la figura jurídica de la encomienda de gestión que regula el artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que exige como requisitos que concurren razones de eficacia, o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño. Por lo tanto, estos dos requisitos no son objeto de examen para verificar la adecuación y cumplimiento de los requisitos legales de los encargos de la LCSP”*.

³¹ Rechaza también el motivo de inadmisión de falta de legitimación en cuanto considera que si el sindicato entiende que la encomienda de gestión sustrae a los funcionarios a los que representa el ejercicio de potestades, como las que afectan a la clasificación de los contratistas, encargándoselas a quienes no reúnen tal condición, es evidente que existe un interés en dicha formación para oponerse al acto recurrido.

tareas organizativas implican actos de ordenación e instrucción de carácter claramente administrativo y que pueden comportar -normalmente así será- el ejercicio de potestades de este orden. No estamos tampoco ante una mera actividad material”.

Y añade la sentencia de instancia que *“las labores meramente administrativas referentes a la tramitación de solicitudes comportan establecer su orden de prelación, eventualmente su admisión o no, etc. Cuestiones que, como la anterior, están reguladas por la ley como propias del procedimiento administrativo y que se rigen por principios de este orden y que, reiteramos, comportan el ejercicio de potestades administrativas”*, de lo que deduce que se contraría lo dispuesto en el artículo 9.2 del EBEP, apostillando que el personal de la entidad encomendada no se encuadraba en la categoría de funcionarios públicos.

La recurrente en casación intenta rebatir que lo encomendado se limitaba a la realización de actividades materiales, afirmando que no alcanzaba en ningún momento al ejercicio de potestades administrativas. Sin embargo, el Tribunal Supremo lo repone aseverando que *“las tareas de clasificación y registro de contratistas y subcontratistas, por los efectos jurídicos que representan para éstos, pues es un presupuesto para la participación en la contratación administrativa, requieren de actos, que aunque sean de trámite en muchos casos suponen el ejercicio de potestades administrativas”*.

Por tanto, se asientan unos límites objetivos absolutos a la encomienda, que pasan por no poder tener afección en todo aquello que implique tramitación de procedimiento administrativo, en el entendido de que ello implicaría el ejercicio de potestades administrativas, incluso en lo atinente a los actos de mero trámite.

Como posterioridad, el Tribunal Supremo vuelve a estas cuestiones, en la Sentencia de 8 de octubre de 2013, que se pronuncia sobre una *litis*³² en la que se confirma la estimación del recurso interpuesto por un sindicato contra una encomienda de gestión cuya finalidad era la ejecución de un bono cultural.

En este asunto, el sindicato actor formulaba dos alegatos: que algunas de las tareas encomendadas no eran encuadrables en los contornos materiales de la encomienda, por

³² Se refiere a la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 26 de marzo de 2012.

cuanto consideraba que no eran meras “*actividades materiales consistentes en la realización de funciones técnicas*” como requiere la institución de la encomienda. Se refería a las tareas consistentes en la “*gestión y control de los expedientes administrativos que se generen como consecuencia del desarrollo de este proyecto*”; a las que implicaban el “*control y gestión del sistema de inscripciones: registro y comprobación de las solicitudes, gestión de incidencias, así como todas aquellas tareas encaminadas a garantizar el cumplimiento de los objetivos del proyecto*”; o la referida a “*la suscripción de los convenios de colaboración y de adhesión*”. Excedían, a juicio del sindicato, de las actividades de carácter material, técnico o de servicios, y se las calificaba como una directa atribución al ente encomendado de funciones o facultades sujetas a derecho administrativo, no permitida por el artículo 15 de la LRJPAC.

En íntima relación con la crítica anterior, se alegaba que aquella encomienda alteraba y sustraía funciones propias y exclusivas de los funcionarios públicos, al trasladar al personal contratado por el ente encomendado unas que suponen participación en el ejercicio de potestades públicas, reservadas a aquellos, con vulneración del artículo 9.2 del EBEP.

Ambos planteamientos son confirmados por nuestro Alto Tribunal. En su hilo argumental se analiza la figura de la encomienda de gestión, y subraya la siguiente doctrina:

De un lado, deben acotarse los elementos de la competencia objeto de encomienda a los que no sean importantes, fundamentales o esenciales³³.

De otro, con un alcance más sustancial, se asevera que el objeto de la encomienda debe ceñirse a la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios; de manera que sólo será posible acudir a la encomienda para o en relación con potestades administrativas cuyo ejercicio requiera, además de la adopción de actos jurídicos, la realización de actividades reales, de contenido material, técnico o prestacional, “*siendo sólo a éstas, no a aquellos, a las que ha de ceñirse la encomienda*”.

³³ “*que los "elementos determinantes" del ejercicio de la competencia que pueden ser "alterados" por la encomienda, no son, o no pueden ser, como dice ese artículo 12.1, "los que en cada caso se prevén"; sino, tan sólo, los que no sean "sustantivos"; en el sentido, dada la definición de este adjetivo en el Diccionario de la Lengua Española, de que no sean importantes, fundamentales o esenciales*”.

En último lugar, se aclara que “*cuantos*” actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda, han de ser dictados por el órgano o entidad encomendante.

Se concluye, por tanto, que “*la adopción de todo acto o resolución de carácter jurídico que sirva de soporte a la actividad material encomendada, o en el que se integre ésta, por requerirlo, debe quedar fuera de las posibilidades de decisión del órgano o Entidad a cuyo favor se hace la encomienda*”.

En este punto la sentencia moteja, como ya anticipamos, la imprecisión del artículo 15.2, echando en falta una acotación que permitiera a la encomienda comprender la adopción de decisiones estrictamente interlocutorias, sólo las de mero impulso o de mero trámite, y siempre bajo la premisa de que concurrieran razones de eficacia, o para no entorpecer innecesariamente el desempeño de la encomienda.

Con ese limitado alcance es como interpreta el Tribunal Supremo, reduciendo el margen objetivo de la encomienda a esas acotadas decisiones interlocutorias, en la medida que no pasarían de ser “*un mero instrumento de la actividad material, a la que no darían soporte, ni en las que tampoco se integraría ésta en sí misma*”³⁴.

³⁴ Aplicando esa doctrina al caso enjuiciado, se señala (F.D.7) que “*con la de gestión y control de los expedientes administrativos, dado que la amplitud del verbo gestionar no permite que excluyamos como objeto de la encomienda (insistimos, a falta de más datos) la adopción sin límites de cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico sean ahí precisos. Y ocurre, ya con menor duda, con la de suscripción de los convenios de colaboración y de adhesión, pues vemos en el expediente administrativo, a través del ejemplar del BOJA en que se publicó la Orden de 5 de febrero de 2009, por la que se regula el Bono Cultural, que las solicitudes de las personas físicas o jurídicas interesadas en participar, como entidad colaboradora o adherida, en el programa Bono Cultural, han de ir dirigidas a la Empresa Pública de Gestión de Programas Culturales; que (y aquí ya empieza lo que no parece encomendable), esas solicitudes, serán objeto de valoración por una Comisión integrada por cinco vocales designados por la persona titular de la Dirección Gerencia de aquella Empresa; que, tal Comisión, ha de valorarlas aplicando conceptos jurídicos indeterminados (como son, entre otros que se citan, el valor artístico y cultural, o el interés pedagógico, de los productos y servicios que oferten), en los que, claro es, caben márgenes de apreciación; que la resolución del procedimiento a que da lugar la solicitud se atribuye a dicha persona titular; que tal resolución puede ser denegatoria, sin que se prevean ahí los posibles medios de impugnación; que, de ser favorable, ese procedimiento finaliza con la suscripción de un convenio que contendrá las obligaciones y derechos de cada una de las partes; y, en fin, que para su suscripción se faculta a la repetida Empresa Pública*”. Su F.D.8 rechaza también la infracción del artículo 9.2 de aquella Ley 7/2007: *el motivo (que al referirse a la que denomina tradicional clasificación de las potestades administrativas deja de mencionar la de fomento; y que habla, pese a lo visto en el último párrafo del fundamento de derecho anterior, de que lo encomendado incluye sólo decisiones regladas, sin dejar margen o grado alguno de discrecionalidad) descansa de nuevo en la negación de que el objeto de la encomienda vaya más allá de las tareas meramente materiales, o más allá de una mera colaboración técnica en tareas administrativas de mera gestión; afirmando, por ello, que no suponen ejercicio de*

En consecuencia, nuestro Alto Tribunal se abre en esta sentencia, a diferencia de la anterior, a permitir un ámbito objetivo menos estrecho de la encomienda, de modo que para el desarrollo de las actuaciones materiales o técnicas sería dable permitir al órgano encomendado la llevanza y el dictado de ciertos actos administrativos, sólo los que denomina de carácter interlocutorio, lo que debe interpretarse de manera restrictiva en nuestra opinión. Se sigue vedando al objeto de encomienda el traslado de la tramitación de procedimientos administrativos en el órgano encomendado, idea que, como veremos a continuación, se ve matizada en los más recientes pronunciamientos dictados en el marco de los encargos a medios propios.

IV. Límites objetivos en el encargo a medios propios.

Ya hemos señalado anteriormente algunas de las notas características de los encargos a medios propios en su relación con las encomiendas de gestión, pero conviene exponer otras coordenadas aproximativas a esta figura antes de acometer el estudio jurisprudencial sobre los límites aplicables a su ámbito objetivo.

Como se sabe, el medio propio es una figura de creación jurisprudencial que permite a las entidades del sector público encargar la ejecución de las prestaciones propias de los contratos a una persona jurídica diferente de aquellas, siempre que ostente la calificación de medio propio personificado. Los encargos a medios propios, como señala el artículo 32.1 de la LCSP “*no tendrán la consideración de contrato*”, siempre que se cumplan los requisitos señalados en dicho precepto. Apunta Amoedo Souto que “*si el encargo no cumple las reglas del artículo 32 deberá merecer la consideración de contrato público*”³⁵.

funciones que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas, que son las que aquel artículo 9.2 reserva en exclusiva a los funcionarios públicos. Y se centra después, a título de ejemplo, en las labores de registro encomendadas, para fijarse, sólo, en la previsión de que las solicitudes, aunque deban presentarse preferentemente en el registro de la Empresa Pública, pueden hacerlo también en los demás lugares señalados en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992 .

En consecuencia, lo razonado en el fundamento de derecho anterior sirve también para desautorizar este tercer motivo. Y aunque la tarea de registro no es en sí misma una que rebase los límites que impone el número 2 del repetido artículo 15, tal y como lo hemos interpretado, no es ella la única en que se fija la sentencia de instancia; por lo que no puede descansar ahí un pronunciamiento de estimación del motivo”.

³⁵ Amoedo Souto. C.A. Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público. Gimeno Feliú, J. M. (Director) Aranzadi. 2018. Página 386.

Su régimen jurídico se alberga actualmente en el artículo 86 de la LRJSP y en el precitado artículo 32 de la LCSP, y podemos exponer *prima facie*, de manera sucinta, determinadas cuestiones que siguen siendo a día de hoy controvertidas.

La primera de ellas concierne a uno de los requisitos para ser medio propio, en cuanto se exige, como se sabe, y siguiendo la doctrina Teckal³⁶, “*un control análogo*”, esto es, y en palabras del artículo 32.2, que “*el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas*”. Este requisito resulta muy cuestionable cuando el medio propio es una entidad estatal (TRAGSA o TRAGSATEC) respecto de entidades autonómicas y locales, por cuanto es más que dudoso que éstas ejerzan un control análogo sobre los medios estatales de titularidad preeminentemente estatal.

Debe significarse, no obstante, que se ha reconocido la existencia de ese control análogo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 19 de abril de 2007, C-295/05, ASEMFO vs. TRAGSA, en un caso relativo a la Administración del Principado de Asturias, la cual ostentaba en el capital social de la mercantil estatal una participación del 0,0034%.

El segundo de los problemas se halla en la propia regulación bicéfala de los medios propios, y en concreto, en la relación entre los requisitos exigidos por la LCSP y los señalados en la LRJSP para el reconocimiento de la condición de medio propio.

Recordemos en este punto que el artículo 86.1 de la LRJSP se remite a la LCSP respecto de las “*condiciones y requisitos*” a los que se supedita la consideración de medios propios y servicios técnicos, para a continuación, en el artículo 86.2, señalar que “*tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes: a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de*

³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98.

rentabilidad económica. b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico”.

La Resolución 1106/2019, de 7 de octubre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales consideró que son dos vías alternativas establecidas para la creación de medios propios³⁷, lo que resulta de difícil comprensión en cuanto los requisitos previstos en la LCSP son irrenunciables al emanar de las directivas que ésta traspuso, y en su origen, de los prevenidos en la jurisprudencia comunitaria.

El artículo 86.2 suscita igualmente si esos requisitos son sólo exigibles en el primer momento de creación del medio propio, o si también deben regir en cada uno de los encargos que se realicen. La misma Resolución 1106/2019 que acabamos de citar considera que son de aplicación exclusiva en el momento de la creación del medio propio, más no han de acreditarse en cada encargo particular³⁸.

Sin embargo, la Resolución 95/2019, de 28 de marzo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, con cita de otras anteriores, propone lo contrario, considerando que los requisitos del artículo 86.2 han de ser valorados en

³⁷ *“De la lectura del artículo 86 LRJSP (reproducido en el artículo 91 de la Ley 5/2018, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico del Gobierno, de la Administración y del Sector Público Institucional de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en sus apartados 1,2 y 3) resulta que éste habilita dos vías a las entidades del Sector Público a efectos obtener la declaración de medio propio y servicio técnico, tal y como establece el apartado 3 del mismo precepto. La primera de ellas, prevista en el apartado 1, requiere cumplir “las condiciones y requisitos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”, cuyo incumplimiento no ha sido alegado por la recurrente. La segunda vía, alternativa a la anterior, se encuentra prevista en el apartado 2 y exige que para que una entidad del Sector Público sea considerada medio propio acredite “disponer de medios suficientes e idóneos” así como o bien constituir “una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica”, o bien resultar “necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico”.*

³⁸ *“El artículo 86 LRJSP no se refiere a los requisitos de cada encargo singular a un medio propio, sino que contempla los requisitos necesarios para la creación de un medio propio. La declaración de medio propio y servicio técnico es previa a la formalización de un encargo individualizado, siendo requisito sine qua non para ésta última. En este sentido el artículo 32.6 a) LCSP incluso dispone que “Los encargos que realicen las entidades del sector público a un ente que, de acuerdo con los apartados segundo, tercero o cuarto de este artículo, pueda ser calificado como medio propio personificado del primero o primeros, no tendrán la consideración jurídica de contrato, debiendo únicamente cumplir las siguientes normas: a) El medio propio personificado deberá haber publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente su condición de tal; respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta; y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo”. La regulación de los requisitos de los encargos concretos e individuales que se efectúen a los medios propios se desarrolla en la LCSP (artículo 32 en nuestro supuesto), que no contempla la justificación de la idoneidad y eficiencia de cada encargo individualizado”.*

cada encargo³⁹, señalando que “*si bien la existencia de las circunstancias previstas las letras a) y b) del artículo 86 de la Ley 40/2015 se contemplan en el precepto como un requisito previo a la declaración de medio propio, a la hora de efectuar los concretos encargos, debe realizarse una apreciación de la concurrencia de las mismas, actualizada a dicho momento en función de las condiciones concretas del encargo, por exigencias del principio de eficiencia entendido en sentido amplio*”.

Posteriores pronunciamientos postulan una interpretación distinta. Así, la Resolución 1106/2019, de 7 de octubre, o la 696/2022, de 16 de junio, ambas del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales⁴⁰. La misma línea es sostenida por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en sus Resoluciones 323/2021, de 15 de julio, y 309/2021, de 8 de julio⁴¹.

³⁹ “*A la vista de esta regulación resulta claro, como alega TRAGSA, que el cumplimiento de los requisitos contemplados en las letras a) y b) del apartado 2 del precepto es necesario para la declaración de medio propio y servicio técnico. Ahora bien, eso no significa que con ocasión de la realización de los concretos encargos a una entidad ya declarada medio propio no deban justificarse determinados extremos, entre los que se encuentra el ser una opción más eficiente que la contratación pública o que responde a razones de urgencia o seguridad pública. En este sentido, la necesidad de que los requisitos para que proceda un encargo han de ser objeto de interpretación estricta ha sido puesta de relieve por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Como dice el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de septiembre de 2018, Sala de lo Contencioso, Sección 5ª: “En consecuencia, los requisitos para la utilización de medios propios deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las especiales circunstancias que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella, como se ha puesto de relieve en las sentencias del TJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, (apartado 46) y de 13 octubre de 2005, Parking Brixen (apartados 63 y 65). Y, debe tenerse en cuenta el límite de no afectar al principio de libre competencia (así se advierte en el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia «Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia», de julio de 2013 y el Informe núm. 1003 del Tribunal de Cuentas sobre encomiendas de gestión). En este sentido, y sin perjuicio del deber de cumplir los requisitos del artículo 86 de la Ley 40/2015, a los efectos de poder declarar a una determinada entidad como medio propio respecto de determinados poderes adjudicadores, los concretos encargos han de partir de la justificación de que el recurso al encargo es más eficiente que la licitación del contrato, entendiéndose el término eficiente en sentido amplio, comprensivo tanto de si concurren las circunstancias contempladas en la letra a) como de si concurren las previstas en la letra b) del apartado 2 del citado artículo 86”.*

⁴⁰ Esta última señala que “*el vigente artículo 86.3 de la LRJSP establece que cuando se cree un nuevo medio propio, la comprobación del cumplimiento de los citados requisitos se ha de realizar por la Intervención General del Estado, debiendo quedar reflejado en la memoria justificativa de la referida creación (sin mención alguna obviamente a ningún encargo concreto) que es una opción más eficiente, sostenible y eficaz que la contratación pública, o que resulta necesaria su existencia por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico, de forma que la concurrencia de los dos requisitos transcritos se verifique, en ese momento, y no para cada uno de los encargos que se hagan a quien ya tiene la condición de medio propio*”.

⁴¹ En la primera de ellas se subraya que “*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,*

Sin embargo, en nuestra opinión, la literalidad del segundo de los requisitos del artículo 86.2 (“*resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico*”) conduce necesariamente a concluir que se trata de una condición predicable exclusivamente de cada encargo particular, de lo que podría colegirse la necesidad de un control individualizado de cada uno de los encargos proyectados.

El ámbito subjetivo del artículo 86, esto es, si resulta de aplicación sólo a las entidades de ámbito estatal o se extiende a las de ámbito autonómico y local, es otra de las dudas entreveradas. El carácter no básico de dicho precepto concitaría una respuesta negativa, pero lo cierto es que la disposición final cuarta, en su apartado tercero, de la LCSP, de carácter básico, señala que “*en lo no previsto en la presente Ley, resultará de aplicación lo establecido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre*”, lo que ha servido de anclaje para sostener lo contrario. En este sentido la Resolución 95/2019 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (siguiendo a las precedentes Resoluciones 41/2019, de 19 de febrero, y 84/2019, de 21 de marzo)⁴².

También ha surgido la cuestión de si el empleo del encargo se configura como algo excepcional o se halla en un plano de igualdad respecto del uso de las fórmulas contractuales. Originariamente se postulaba lo primero⁴³, pero recientemente se ha

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 en cargo a encargo”.

⁴² “*nos encontramos con dos preceptos que dentro de una misma norma establecen, al menos aparentemente, regulaciones contradictorias: el artículo 32, que dispone la aplicación de la Ley 40/2015 exclusivamente para los medios propios de ámbito estatal, y la disposición final cuarta, apartado 3, que en relación con el régimen jurídico de los medios propios personificados (no solo de los del sector público estatal), dispone, en lo no previsto en la LCSP, la aplicación de lo establecido en la Ley 40/2015. Para resolver esta antinomia, y dado que la misma se produce no entre dos normas, con lo que no cabría acudir a las reglas habituales de resolución de los conflictos de leyes (lex posterior derogat lex anterior; ley especial preferente a ley general; etc...), sino dentro de una misma norma, habremos de acudir a las reglas de la lógica. De esta manera caben en principio dos soluciones: o bien entender que pese a lo dispuesto en la disposición final cuarta, apartado 3 de la LCSP, el régimen jurídico previsto en la Ley 40/2015 para los medios propios se aplica exclusivamente a aquellos de ámbito estatal, o bien entender que pese a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la LCSP, dicho régimen también resulta de aplicación a los medios propios de todos los poderes adjudicadores, y no solo a los de ámbito estatal. Este Tribunal considera que la solución debe ser esta última, partiendo en primer lugar del carácter básico de la disposición final cuarta, apartado 3 de la LCSP, y en consecuencia, de su aplicación a todos los poderes adjudicadores y a sus medios propios; y en segundo lugar porque la primera solución dejaría vacío de contenido lo dispuesto en la disposición final cuarta, apartado 3 de la LCSP, lo que sería contrario al principio de efectividad de las normas”.*

⁴³ El informe 26/2017, de 13 de junio, sobre la posibilidad de que el Tribunal de Cuentas realice encargos a medios propios de la Administración General del Estado, en este sentido: “*la doctrina del in house providing se caracteriza precisamente por constituir una excepción a la obligación y necesidad de*

considerado lo segundo. Así, la Resolución 696/2022, de 16 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales analiza un recurso en el que se ataca el encargo señalando que su elección ha de ser realizada con carácter excepcional, frente a la regla general que ha de ser la contratación pública, cuyos principios han de prevalecer frente a aquella. Sin embargo, se posiciona la resolución en sentido adverso, considerando el encargo no como una excepción sino como *“una alternativa a la contratación pública y que, conforme a la legislación vigente, acreditada la condición de medio propio de la entidad a quien se realiza el encargo en el momento de su creación o con posterioridad, dicha declaración evita que se exija una motivación ad hoc para cada encargo de los extremos”*⁴⁴.

Finalmente conviene detenernos en el requisito de la suficiencia de recursos materiales y personales con los que ha de contar el medio propio para acometer los encargos, circunstancia que se ha reforzado en la LCSP al establecer, como regla general, un límite expreso para su propia *“subcontratación”* en el artículo 32.7.b), *–“el importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo”–*, lo que permite presumir que no sean conformes a derecho aquellos encargos que no respeten aquel límite. No existen recientes pronunciamientos sobre esta cuestión porque lo impide esa doctrina, ya apuntada, que apuesta por la valoración *ex ante* de las condiciones para ser medio propio, descartando de esta manera el examen individual *ex post* de cada encargo particular. No podemos olvidar, empero, la contundencia del informe 13/2012, de 27 de septiembre, de la Junta

adjudicar los contratos públicos a través de los procedimientos encaminados a hacer efectivos los principios de publicidad y concurrencia, puesto que las prestaciones se realizan “en casa”, esto es, por una persona jurídica perteneciente a la propia Administración actuante y controlada por ella. También cabe recordar que si la doctrina del in house providing y, como instrumentación jurídica para su aplicación, la figura de la encomienda de gestión que regulan los artículos 4.1.n) y 24.6 de la Ley de Contratos del Sector Público constituyen una excepción a las normas de Derecho Comunitario sobre adjudicación de los contratos públicos, resulta incontrovertible que el ámbito de la misma puede alcanzar las relaciones de contenido materialmente contractual, es decir, las relaciones que tienen por objeto la ejecución de una obra, la realización de un suministro o la prestación de un servicio”.

⁴⁴ Desarrolla el argumento en los siguientes términos: *“los encargos son una opción lícita y en ese sentido se ha manifestado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En efecto, las resoluciones más recientes, en concreto, el Auto del TJUE (Sala Novena) de 6 de febrero de 2020, partiendo de su “sentencia Irgita” de 3 de octubre de 2019, C-258/18) analiza la adecuación a Derecho Comunitario, Directiva 2014/24, de una legislación nacional que supedita la celebración de una operación interna (encargo en nuestro Derecho) a la demostración de los beneficios específicos que reporta a la sociedad el hecho de acudir a esa figura. Al hacerlo, en dichos considerandos se establece que el artículo 12 de la Directiva faculta a los Estados miembros a excluir una operación del ámbito de aplicación de la Directiva, de la contratación pública y esa decisión implica literalmente una libertad de elección; la Directiva no obliga así a recurrir a un procedimiento de contratación pública ni les obliga a realizar una operación interna”.*

Consultiva de Contratación Pública del Estado, que llegó a afirmar que *“no cabe encomienda ni encargo alguno, so pena de incurrir en fraude de ley, si la entidad medio propio o servicio técnico no es suficientemente apta para ejecutar la prestación”*⁴⁵.

Sentados los principales problemas interpretativos que siguen acompañando a los encargos a medios propios, podemos centrarnos ya en los límites objetivos aquilatados jurisprudencialmente, observándose una cierta pulsión flexibilizadora en los más recientes pronunciamientos, que no acabamos de compartir por las razones que después expondremos.

En primer lugar, es de destacar la paradigmática y centrada Sentencia 1160/2020, de 14 de septiembre. En este caso se confirma la anulación judicial de un encargo⁴⁶ realizado por la Confederación Hidrográfica del Guadiana en favor de Tecnologías y Servicios Agrarios S.A (TRAGSATEC), filial de la Empresa de Transformación Agraria S.A (TRAGSA). Dicho encargo tenía por objeto, al menos nominalmente, *“la prestación de auxilio material y asistencia técnica en la tramitación de los expedientes sancionadores competencia del organismo de cuenca”*.

La Sala analiza el alcance de las labores encomendadas. Se atribuían a TRAGSATEC, entre otras, las funciones de elaboración de dossiers, valoración de la viabilidad del expediente sancionador, análisis y valoración de las alegaciones del interesado, elaboración de notas-resumen y borradores -tanto del pliego de cargos como de la propuesta de resolución, la resolución misma y la resolución del recurso administrativo que pudiera interponerse-, así como la posesión material e impulso efectivo del expediente administrativo. Como se puede vislumbrar, la magnitud de los trabajos encomendados es incontestable, lo que no pasa desapercibido en la sentencia de casación.

⁴⁵ Se argumenta que *“si una entidad medio propio no puede ejecutar el 50% del encargo, es que no es suficientemente apta para realizar la prestación, por lo que no concurriría el supuesto de hecho del apartado 1.a) del propio artículo 24, y, por tanto, no cabría el encargo o encomienda correspondiente”*.

⁴⁶ Se amparó en la, por entonces, vigente DA25^a del RDleg.3/2011, de 14 de noviembre, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) -actual DA24^a de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP)- la que confiere a la mercantil estatal TRAGSA y a sus filiales el carácter de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración General del Estado, conforme a la cual se le pueden encomendar las funciones reseñadas en el apartado 4 de la citada DA25^a.

El discurso argumental de la sentencia principia clarificando el régimen aplicable al encargo, sobre la base de que la recurrente consideraba que se estaba en presencia de una encomienda de gestión, concluyendo que a pesar de la calificación realizada, en verdad, concurre un encargo de los previstos en la legislación de contratos⁴⁷.

A continuación, se remeda la argumentación de la Sala de instancia, y se concretan las particularidades de la potestad sancionadora, considerándola una función pública por antonomasia en la que *“la importancia de lo público resulta, si cabe, todavía más nuclear”*. Enfatiza que *“si toda potestad administrativa ha de ser ejercida por su titular, en este ámbito debe tenerse presente que la actividad de órganos instructores y resolutores se refiere a una potestad que reclama un delicado ejercicio de ponderación de aspectos jurídicos y fácticos con el fin de declarar la culpabilidad (valoración de los hechos, determinación de las normas aplicables, incardinación de los primeros en las segundas para determinar la concurrencia de infracción, análisis de la culpabilidad de los ciudadanos, determinación de las sanciones) que reclama un análisis personal y propio por los titulares de las potestades correspondientes, resultando odiosa, por la naturaleza del acto a dictar, la idea de cualquier posible abdicación en el ejercicio directo y propio de las mismas”*.

⁴⁷ *“En el recurso contencioso-administrativo 396/2012 la Confederación Hidrográfica del Guadiana defendió que la relación con TRAGSATEC era una encomienda de gestión del art. 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Procedimiento Administrativo (actual art. 11 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico). En aquella ocasión dijimos ya, y lo reiteramos ahora, que esto no era posible, dado que según el art. 15 la encomienda de gestión sólo puede tener lugar en favor de otra Administración Pública o Entidad de Derecho Público, y, como acabamos de ver, no es el caso (véase la ya citada S.T.S. de 9 diciembre 2013, recurso 5812/2011, FJ 8º). Lo mismo deriva también hoy del art. 11 de la Ley 40/2015, que indica que la encomienda de gestión se hace a favor de <<órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración>>. Cuando se trate de encargar actividades a personas sujetas al derecho privado, el art. 15.5 de la Ley 30/1992 dice no se aplicará el régimen jurídico de la encomienda de gestión, remitiendo a la legislación de contratos del Estado y aclarando que no podrán en tal caso encomendarse a personas de esta naturaleza actividades que <<hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo>>. El actual art. 11 indica en el mismo sentido que: <<Las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en ésta>>. (...) Aclarado que no se trata de una encomienda de gestión del art. 15 de la Ley 30/1992, hay que decir que sin embargo tampoco se trata de una relación contractual. El régimen que regula la relación entre Confederación y TRAGSATEC, como señala el Abogado del Estado, es el que se indica en la DA 25 de la Ley de Contratos del Sector Público, que señala que TRAGSA y sus filiales integradas tienen la consideración de <<medios propios instrumentales y servicios técnicos>> de las Administraciones Públicas. Las relaciones de las sociedades del grupo TRAGSA con las Administraciones tienen naturaleza “instrumental” y no contractual, articulándose a través de encomiendas de gestión (que nada tienen que ver con la encomienda de gestión del art. 15 de la Ley 30/1992, véase a este respecto la S.T.S. de 09/12/2013, recurso 5812/2011, FJ 8º) de las previstas en el artículo 24.6 de dicha Ley, por lo que, a todos los efectos, son relaciones de carácter interno, dependiente y subordinado”*.

Se recuerdan los límites objetivos que el Alto Tribunal ya opuso respecto de la figura de la encomienda de gestión, que considera aplicables también en los encargos a medios propios⁴⁸, en los términos ya avistados en el apartado precedente.

Enlaza unas consideraciones particularmente relevantes de la Sala de instancia, respecto de las actuaciones que han de conformar el expediente administrativo. Así se afirma que *“la confección material, custodia y exhibición –cuando proceda- de los expedientes administrativos (máxime si son, como en este caso, sancionadores) son actividades pura, específica, típica y nuclearmente administrativas”*. En este punto, rememora que los procedimientos se tramitan bajo la responsabilidad de las autoridades y del personal al servicio de las administraciones públicas –se cita el artículo 35.b) de la LRJPAC, a sabiendas de que su contenido se ha mantenido en el artículo 53.1.b)⁴⁹ de la vigente LPA⁵⁰- de lo que deduce que *“mal puede asumirse esa responsabilidad si el expediente ni siquiera se encuentra en poder físico de una sociedad mercantil sujeta al derecho privado, por mucho que preste servicios para la Administración. Esto es algo a nuestro juicio tan claro que parece sorprendente que hayamos llegado al punto en que sea necesario justificarlo e ilustrarlo expresamente. Es algo tan ínsito a todo el diseño estructural y conceptual de las Administraciones Públicas el que la formación, custodia y tramitación física de los expedientes administrativos es tarea de los servidores públicos, no <<externalizable>>, que las normas positivas no han considerado preciso hacer*

⁴⁸ “La sentencia del Tribunal Supremo de 08/10/2013, cas. 5847/2011, alude a un supuesto de encomienda de gestión del art. 15 de la Ley 30/1992, y por tanto a un caso distinto del de autos. Sin embargo, pueden ser de interés algunas de sus reflexiones, pues obviamente lo que se prohíba para la encomienda del art. 15 de la Ley 30/1992 estará igualmente prohibido en el caso de la <<encomienda>> a un ente instrumental del art 4.1.n 24.6 de la Ley de Contratos del Sector Público - más todavía, en realidad, al no ser aquí el encomendado una Administración Pública, a diferencia del caso del art. 15-. Pues bien, señala el Tribunal Supremo en el FJ 6º que los<<elementos determinantes>> del ejercicio de la competencia que pueden ser <<alterados>> por la encomienda solo son los que no sean <<sustantivos>>; en el sentido, dice el Tribunal Supremo, y según la definición del Diccionario de la Lengua Española, de que no sean importantes, fundamentales o esenciales; el objeto de la encomienda, por otro lado, <<sólo puede ser la realización de actividades de carácter material, técnico o deservicios; de suerte que sólo será posible acudir a ella para o en relación a potestades administrativas cuyo ejercicio requiera, además de la adopción de actos jurídicos, la realización de actividades reales, de contenido material, técnico o prestacional, siendo sólo a éstas, no a aquellos, a las que ha de ceñirse la encomienda>>. Y en concreto destaca más adelante en el FJ 7º que no parecen encomendables tareas de valoración con apreciación de conceptos jurídicos indeterminados con un lógico margen de apreciación”.

⁴⁹ Se refiere al derecho de los interesados en el procedimiento administrativo *“a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos”*.

⁵⁰ Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

*excesivas declaraciones explícitas al respecto*⁵¹. Considera que esas afirmaciones resultan corroboradas a la luz del vigente artículo 70 la LPA referido al expediente administrativo –aunque no sea la normativa de aplicación al caso por razones temporales- de modo que “*parece innecesario tener que argumentar demasiado acerca de que el rastro o soporte físico del procedimiento administrativo (el expediente) debe estar confeccionado, custodiado y manejado por los funcionarios de dichas unidades, pues mal puede asumirse esa responsabilidad si el expediente está a disposición de una sociedad mercantil que es la que, por ejemplo, recibe los documentos que presenta el expedientado y le remite los que elabora la Administración. Creemos que cuando el art. 70 alude al <<conjunto ordenado de documentos y antecedentes>> da por hecho que dicho conjunto se ordena bajo el control y tenencia efectiva de las unidades administrativas y no de una sociedad mercantil que lo posee bastantea documentos, incorpora al sistema informático y da vista al expedientado. E igual cuando habla de formar el expediente mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos*”.

Por tanto, se horma el procedimiento administrativo como algo que ha de ser sometido al control efectivo de las unidades administrativas responsables de su tramitación, y de los funcionarios adscritos a dichas unidades.

En su fundamento de derecho segundo, nuestro Alto Tribunal, a la vista del precitado artículo 70 de la LPA, centra embrionariamente el debate en una cuestión general y previa. Se trata de “*examinar la posibilidad de que los procedimientos administrativos puedan ser tramitados con la intervención, en mayor o menor medida, pero con un carácter de generalidad y permanencia para toda la actividad administrativa*”.

⁵¹ Pone como ejemplo “*la que luce en el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales, que sí se cuida de establecer expresamente cosas tan elementales como que los expedientes son compilados materialmente, por agregación documental, por los funcionarios encargados de su tramitación (art. 164), que la Administración vela por la custodia, ordenación, clasificación y catalogación de los documentos y expedientes (art. 148) y que los expedientes así formados no pueden salir de las oficinas administrativas salvo desglose a petición de quien aportó un documento original, envío a un organismo público u orden de un Tribunal (art. 171). Pero que se diga tan claramente solo en cuanto a la Administración Local no quiere decir que tales reglas no sean equivalentes para el resto de Administraciones Públicas, pues estas reglas no son sino emanaciones de principios tales como el de que las Administraciones Públicas actúan con objetividad (art. 103 CE) y de la misma estructura normativa reguladora de la función pública, con sus derivaciones de fe pública, publicidad documental y responsabilidad*”.

procedimental, por personal ajeno al personal estatutario de un determinado órgano de una Administración Pública”⁵².

Son dos los elementos a discernir: por un lado, la medida o intensidad de la intervención del medio propio en la tramitación de procedimientos administrativos; y por otro, si dicha intervención se puede producir de manera permanente o ha de ser necesariamente ocasional. Ya advertimos que en ocasiones la sentencia parece dar un tratamiento conjunto a ambas cuestiones, lo que no compartimos al ser asuntos de distinta significación.

En cuanto a lo primero, se analiza nuevamente la concreta intervención del medio propio en la tramitación del procedimiento, de modo que, partiendo de lo aceptado por la instancia, se sintetiza, como ya hemos señalado, que el personal de aquel es el que recepciona y comunica las resoluciones y realiza informes, dosieres y, en particular, las propuestas de las resoluciones relevantes del procedimiento, que son finalmente suscritas por el personal de la entidad encargante.

A partir de aquí la sentencia transita por el esquema general del procedimiento administrativo. Como premisa, se abordan las características generales de la actividad administrativa (artículo 106 de la CE), sometida plenamente a la ley y el Derecho (artículo 103). Las decisiones que se adopten en el desarrollo de esa actividad exigen la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo (artículo 105.c) como garantía del administrado. Se considera que la tramitación del procedimiento administrativo es esencial para la adopción de las decisiones de las administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades públicas y que dicho procedimiento está sometido a las normas que lo regulan.

La administración pública ha de actuar mediante órganos, como *“las unidades administrativas a las que se atribuyan las funciones que tengan efectos jurídicos frente a*

⁵² Vuelve a precisar los auténticos contornos de la cuestión litigiosa suscitada en los siguientes términos:

“lo que realmente se debate en autos es, como en cierta medida deja entrever la delimitación de la cuestión casacional, si un procedimiento administrativo, en sí mismo considerado, puede ser tramitado con una intervención tan intensa como la que se refleja en la sentencia de instancia tiene dicha Entidad pública en el caso de autos o, si se quiere, si pueden intervenir en los trámites de un procedimiento personas ajenas al personal estatutario de la Administración, de los funcionarios públicos, en las importantes funciones del procedimiento que se reflejan en la sentencia recurrida se hace por el personal dela Entidad Empresarial que, como se deja constancia, no está sujeta al Derecho Administrativo en su actividad”.

terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo". (artículo 11 de la LRJPAC y artículo 5 de la vigente de la LRJSP), a lo que se anuda la irrenunciabilidad de la competencia de los órganos administrativos (artículo 8 de la LRJPAC). A su vez, los órganos administrativos están encarnados por personas físicas que desarrollen esa actividad, los funcionarios públicos que son *"quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales"* (artículo 8 del EBEP), recordando su reserva respecto del *"ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas"* (artículo 9.2 del EBEP).

Después de un interludio sobre el que después volveremos, la sentencia, en un pasaje posterior, insiste en la particular relevancia de la intervención de los funcionarios públicos, sobre la base de que éstos se hallan sometidos a una relación estatutaria que genera una serie de derechos y deberes, que califica como *"manifestación de la objetividad, imparcialidad y sometimiento al Derecho que debe regir en toda la actividad pública"*. Y la actuación de los funcionarios públicos en la tramitación de los procedimientos administrativos *"bajo ningún concepto pueden excluirse de esa regla aquellas funciones que afecten, directa o indirectamente, a las potestades públicas o a la protección de los intereses generales, conceptos jurídicos indeterminados de los que sería difícil excluir alguna actividad administrativa"*. Se proclama, por tanto, una interpretación extensiva del artículo 9.2 del EBEP al proferir un alcance de gran amplitud a los conceptos jurídicos indeterminados empleados por la norma, idea sobre la que se abunda posteriormente poniendo el acento en el interés general que cabe predicar en todo procedimiento administrativo. Así se señala que *"en la misma tramitación de los procedimientos administrativos, más aún en los sancionadores, como después se verá, se actúan potestades administrativas, con independencia de las potestades que se accionen en la resolución que pone fin a los procedimientos, más aun, que en los procedimientos están empeñados los intereses generales de las Administraciones, que, como ya se vio, constituyen el ámbito de actuación reservado a los funcionarios públicos"*.

Es más, se llega a vincular esa reserva funcional a las exigencias primigenias del Estado de Derecho, cuando se asevera que *"esa reserva de la actuación del personal estatutario en la actividad administrativa va pareja a las garantías que han supuesto, en el Estado de Derecho, el Derecho Administrativo, que tiene entre su contenido un importante y compleja apartado dedicado a esa faceta de los poderes públicos,*

precisamente como un elemento a través del cual esos poderes actúan con la objetividad, imparcialidad y sometimiento pleno a ley y el Derecho, porque, a la postre, las Administraciones no son sino las personas a través de las cuales se manifiesta su decisión". La intervención de los funcionarios públicos, es a la postre, la garantía del sistema impuesta por la Ley, se termina afirmando⁵³.

Bajo estas coordenadas se concluye que *"en la medida que los procedimientos administrativos son los medios a través de los cuales las Administraciones Públicas desarrollan su actividad pública y ejercen sus potestades, y estas han de realizarse preceptivamente por funcionarios públicos, cabe concluir que los procedimientos administrativos han de tramitarse por funcionarios público, lo cual constituye la regla básica en materia de tramitación de procedimientos administrativos"*.

Las consideraciones anteriores, aplicables a los procedimientos administrativos en general, han de extenderse, con mayor rigor, y como no podía ser de otro modo, en la tramitación de los procedimientos sancionadores, en los que, indica la sentencia, *"se ejercita la potestad de mayor incidencia sobre los ciudadanos, y de manera perjudicial, por cuanto constituye una manifestación del ius puniendi del Estado que, atípica pero necesariamente, se confiere a la Administración"*.

En este decurso argumental se concreta una segunda acotación de la cuestión, en el entendido de que el verdadero asunto que subyace en el litigio no se ciñe a la mera externalización de prestaciones en medios propios, sino que alcanza a la externalización de la propia actuación administrativa interna. De forma hiperbólica se aventura que lo que se visualiza *"no es que la Administración externalice un servicio, es que externaliza, podría decirse, ella misma, deja de ser Administración si deja de realizar lo que es básico para dictar actos administrativos, el procedimiento legalmente establecido para ello que es, no se olvide, una exigencia constitucional"*.

⁵³ *"De ahí, es importante señalarlo, que esa relación estatutaria comprende un amplio elenco de derechos pero también de deberes, con importante régimen sancionador, que precisamente se instauran como exigencia de esa relevante intervención en las actuaciones de los poderes públicos. No se trata pues de un mero capricho de las autoridades administrativas en una más que discrecional arbitraria, decisión de realizar la actividad administrativa por la vía funcional o de cualquier otra persona ajena a la propia Administración, sino que son que es aquella la que da garantía al sistema y, lo que es más importante, impone nuestra Legislación"*.

En este contexto, la sentencia realiza dos ideas fundamentales que deben tenerse en alta consideración.

De un lado, y en íntima conexión con la causa que pudiera justificar la externalización, se recuerda la importancia de la planificación de recursos humanos que corresponde a las administraciones públicas en orden a dimensionar ajustadamente las necesidades de personal en consonancia con las funciones y competencias que deban ejercitar⁵⁴, advirtiendo que una deficiente planificación no puede servir de excusa para la externalización de procedimientos administrativos.

Una segunda reflexión de interés se centra en la negación de la distinción entre trámites esenciales y accesorios del procedimiento a efectos de su externalización: “(...) *no es admisible (...) pretender hacer una distinción dentro del procedimiento entre actuaciones esenciales y accesorias del procedimiento para someterlas aún régimen diferente pretendiendo reservar aquellas al personal estatutario --aunque propiamente lo es a las autoridades que deben decidir-- y estas susceptibles de poder desempeñarse por terceros, porque eso es desconocer la relevancia de cada trámite que integra el procedimiento, de tal forma que frecuentemente aquellas actuaciones accesorias condicionan la misma tramitación y, de manera particular, la resolución que deba poner fin al procedimiento, lo cual requiere la intervención de los funcionarios no solo por ser el personal específicamente idóneo para la tramitación por su formación contrastada, sino porque se les somete a un régimen de responsabilidad que no es sino garantía de los ciudadanos de una correcta tramitación de los procedimientos*”.

El régimen descrito –indica la sentencia- no empece para reconocer la posibilidad de que las administraciones puedan acudir a personal ajeno a su propio personal cuando fuera necesario la adquisición de bienes o realización de obras o servicios para su propia actividad prestacional y que dicha intervención pueda hacerse, como alternativa a los contratos administrativos, por medios propios (*in house providing*), pero en el entendido

⁵⁴ “(...) *la tramitación de los procedimientos administrativos, en cuanto constituyen la actividad indispensable, técnica y ordinaria de las Administraciones queda reservada para los funcionarios públicos integrados en los respectivos órganos que tienen asumida las competencias correspondientes, lo cuales, conforme a la planificación de los recursos humanos que se dispone en el artículo 69 del Estatuto Básico, han de tomar en consideración las necesidades que esa actividad ordinaria comporta.*”

de que dicha posibilidad no es ilimitada, y que no es lo que acontece realmente en el caso examinado.

En este supuesto lo que se encarga al personal del medio propio, no es esa prestación de servicios puntuales y accesorios sino una intervención *“en la propia y genuina actividad administrativa, en los procedimientos necesarios para la adopción de los actos que la constituyen. No se trata de que ese personal sometido al régimen de Derecho Privado preste los servicios que la Administración necesite, sino de tramitar los procedimientos correspondientes cuyas resoluciones que le pongan fin pueden ser los que afecten a los ciudadanos”*. En otras palabras –apuntalando esta idea- no se trata *“de que ese personal de la Empresa Pública auxilie al Organismo de Cuenca de manera puntual en la ejecución de las resoluciones sancionadoras que requieran una especial complejidad o incluso que puedan solicitársele, también puntualmente, alguna actuación del procedimiento del tipo de informes técnicos que los propios medios de la Administración haría de difícil realización; sino de que ese personal ajeno a la Administración intervenga, y regular y permanentemente al menos en el tiempo que dure la relación establecida, en todo el procedimiento, desde la formulación de la denuncia hasta la resolución”*.

De tales asertos se deriva cierta confusión, pues se mezclan dos elementos, a nuestro juicio, distintos, como antes ya apuntamos: de un lado la extensión del objeto del auxilio, y de otro, la del carácter puntual del mismo. Aun así, queda claro que el auxilio no puede extenderse a la totalidad de los trámites que conforman los procedimientos, pues, el objeto encargado ha de reducirse al auxilio en la ejecución de resoluciones sancionadoras de especial complejidad, o la elaboración de informes técnicos que coadyuven en la buena llevanza del procedimiento –nótese que se exponen estos posibles auxilios de manera meramente ejemplificativa-.

Sentado todo lo precedente, se delimita por tercera vez el debate, y se plantea la posibilidad de *“atribuir auxilio y la asistencia técnica en la tramitación de los procedimientos sancionadores”*. En el asunto enjuiciado se aprecia que la intervención del medio propio en la tramitación de los procedimientos sancionadores objeto de encargo no es algo *“meramente esporádico o circunstancial sino que se realiza de manera permanente en todos los procedimientos que se tramitan”* por el organismo de cuenca *“orillando la intervención de los funcionarios encargados de dicho cometido en todos los*

casos”⁵⁵. Se vuelve a dar un tratamiento conjunto a ambos aspectos, el objetivo y el adjetivo del encargo, lo que enturbia, como decimos, la blancura del argumento.

Vira la sentencia, y se centra en el aspecto adjetivo del encargo, señalando que no es exculpable el elevado número de procedimientos sancionadores que ha de afrontar aquel organismo, tal y como defiende la Abogacía del Estado⁵⁶, pues tal circunstancia, que puede calificarse de estructural, debiera solventarse con una ajustada planificación de recursos humanos por parte de la entidad encargante, y la deficiencia en ella –así se expresa- no puede alterar *“la exigencia legal de que la Administración ejercita sus potestades mediante el personal funcionario del que debe estar dotado cada uno de los órganos que la integran”*. Se insiste, como se ve, en la trascendencia de las políticas de personal en las administraciones públicas.

Frente a la égida de la Abogacía del Estado, la sentencia, uniendo de nuevo ambos elementos, señala de forma tajante que *“lo que se suscita en el caso de autos es que con carácter de permanencia y generalidad, en todos los procedimientos sancionadores que tramite el Organismo de Cuenca, la dirección de dichos procedimientos venga encomendada a la mencionada Empresa Pública en un a modo de profesionalización de la misma en dichas tramitaciones; bien que reservando a los órganos competentes de la Confederación dictar las resoluciones, pero aun así, sobre la base de propuestas formuladas por dicha empresa”*, y como culminación, empleando términos especialmente contundentes, se afirma que *“parece que se trata no ya de un supuesto de huida del Derecho Administrativo en su más pura y genuina manifestación, la tramitación de los procedimiento, con el añadido de tratarse de procedimientos de extraordinaria*

⁵⁵ Y ello, como se aclara más adelante (F.D. cuarto) sin *“desmerecer la capacidad y formación del personal que la Empresa Pública pone al servicio del Organismo de Cuenca, que la Sala territorial no cuestiona en modo alguno; se trata simplemente que no cabe presumir en ese personal la capacidad técnica especializada, la objetividad, la imparcialidad y la responsabilidad que cabe presumir en los empleados públicos cuya regulación y estatuto está directamente orientado a alcanzar las exigencias que impone la actividad administrativa”*.

⁵⁶ En momento posterior, la sentencia (F.D. cuarto) retoma esta cuestión: *“esa pretendida justificación decae cuando esa multitud de expedientes no es algo repentino ni anómalo, como se reconoce, sino que es lo cotidiano, tampoco es algo nuevo y repentino que en el ámbito territorial existan, no ya espacios naturales de especial protección, sino incluso algunos de una excepcional consideración que exigen una intensa y compleja actividad administrativa. Ha de concluirse de todo ello que el Organismo de Cuenca estaba obligado a planificar el personal a su servicio acorde a esa intensa actividad, como, ya se dijo, le impone la normativa en materia defunción pública, y no ponerse en una situación tan precaria que pretenda paliarse con la anómala intervención de ese personal extraño, y todo ello sin desconocer que la misma legislación sectorial habilita formulas, dentro del ámbito estatutario, para paliar esa búsqueda insuficiencia de medios”*.

relevancia, que quedan en manos de entes sometidos al derecho privado y a las reglas de la rentabilidad, sino de una privatización encubierta de un servicio que ha sido reservado al sector público como una de las conquistas primarias del Derecho Administrativo propio del Estado de Derecho”.

Como corolario de tales aseveraciones se fija la doctrina conforme a la cual *“como regla general, la tramitación de los procedimientos sancionadores incoados por las Administraciones Públicas han de ser tramitados por el personal al servicio de tales administraciones sin que sea admisible que, con carácter general, de permanencia y de manera continua, pueda encomendarse funciones de auxilio material o de asistencia técnica a Entidades Públicas Empresariales, sin perjuicio de poder recurrir ocasionalmente y cuando la Administración careciera de los medios para ello, al auxilio de Entidades Públicas Empresariales, como medios propios de la Administración, a prestar dicho auxilio o asistencia”.*

Dicha doctrina entremezcla, como decíamos, los dos meritados elementos, pero enfatiza en mayor grado la idea de la permanencia y continuidad del objeto de encargo – su falta de puntualidad-, por encima de lo que nos parece más relevante, que es la acotación del auxilio material o de asistencia objeto de encargo. Hubiera sido muy útil que se hubiera vislumbrado una más aquilatada aproximación a estos segundos límites. De esta manera, subyace la duda de cuál hubiera sido el sentir de la sala si el encargo no se hubiera instrumentado sobre la totalidad de los procedimientos sancionadores, sino sólo sobre alguno de ellos, de manera puntual. La respuesta, entendemos, tendría que haber sido igualmente negativa, pues lo contrario hubiera sido incongruente con la excelsa loa previamente realizada del funcionariado como garantía del procedimiento administrativo, y éste como caución del interés público que ha de pretender la administración, como elemento esencial de nuestro Estado de Derecho.

En cualquier caso, la posterior Sentencia del Tribunal Supremo, 469/2023, de 12 de abril, da un giro sobresaliente en aquellos planteamientos –confirmado por la Sentencia 1340/2023, de 26 de octubre-.

Ambas sentencias van referidas a ciertos encargos realizados por el Ministerio de Fomento en favor de su medio propio INECO S.A., con ocasión de la tramitación de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de las indemnizaciones

complementarias previstas en el Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre⁵⁷, contempladas a modo de compensación por las limitaciones impuestas a la prestación de los servicios de las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor, que se circunscribían al ámbito interurbano en el nuevo régimen que se establecía.

La Sentencia 469/2023, de 12 de abril enjuicia una sentencia de la sala de instancia, en la que a la luz de la doctrina asentada por la previa Sentencia del Tribunal Supremo 1160/2020, de 14 de septiembre, que acabamos de analizar, declaró nula la resolución administrativa dictada por la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento, que rechazaba la solicitud de indemnización complementaria tramitada a través del encargo, al considerar “*que las tareas desarrolladas por el personal de INECO excede con mucho de una mera labor de asistencia*” y que “*la actividad administrativa propia de los procedimientos de indemnización complementaria, constitutiva sin duda del ejercicio de potestades públicas, fue sustraída a los funcionarios públicos integrados en la Dirección General de Transporte Terrestre, a quienes correspondía su tramitación*”. Se había producido una “*desfuncionarización*” que desnaturalizaba el procedimiento administrativo.

La controversia se centra, tal y como se afirmó en el auto de admisión, en aclarar si la jurisprudencia sentada en la precitada Sentencia de 1160/2020 y en la posterior 1265/2020, de 7 de octubre, que la reproduce, resulta de aplicación en el ámbito de procedimientos administrativos no sancionadores en cuya tramitación intervienen personas o entidades externas a la Administración.

Lo afirmado en aquellas sentencias versaba, como sabemos, en la negación de la posibilidad de hacer encargos a una entidad externa consistente en la tramitación de sus procedimientos sancionadores “*con carácter general, de permanencia y de manera continua*”.

⁵⁷ Dicha norma contempla una indemnización consistente en la posibilidad de seguir ejerciendo la actividad en el entorno urbano y de acuerdo con los términos autorizados durante cuatro años más, mediante un sistema de habilitaciones temporales, sin perjuicio de que sus titulares puedan solicitar una indemnización complementaria si la reconocida legalmente no compensa el valor de la autorización existente. Todo ello se enmarcaba en un procedimiento especial de reclamación de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento de una indemnización complementaria derivada del cambio regulatorio, previsto la disposición transitoria única del citado Real Decreto Ley 13/2018.

La Sentencia 469/2023 se preocupa de establecer distancia con los supuestos enjuiciados en los precedentes pronunciamientos. Así se apuntan dos circunstancias disímiles: de un lado, no se está ante un procedimiento sancionador sino ante la solicitud de indemnización complementaria en los términos antes dichos; y de otro, en aquellos supuestos se encargó a una empresa pública la completa tramitación de sus procedimientos sancionadores –salvo el dictado de la resolución finalizadora del procedimiento-, pero no de forma meramente esporádica o circunstancial, sino de manera permanente.

Por el contrario, en el supuesto enjuiciado en la Sentencia 469/2023 los encargos realizados por el Ministerio de Fomento a INECO no obedecían a una colaboración habitual y continua, sino al intento de dar una solución puntual a una situación de carácter extraordinario, a una necesidad puramente coyuntural, motivada por la presentación de más de quince mil solicitudes con motivo de la previsión contenida en el precitado Real Decreto Ley 13/2018. Habría que considerar –dice la sentencia- la imposibilidad de que la Dirección General de Transporte Terrestre pudiera tramitar por sí misma estas solicitudes en el plazo de seis meses que se había fijado legalmente.

Estas dos diferencias son atendidas por la Sentencia 469/2023 en orden a trasladar y aplicar la doctrina contenida en los precedentes pronunciamientos. Así, después de recordar la normativa que regula el traslado del ejercicio de competencias, aludiendo tanto a las encomiendas de gestión como a los encargos a medios propios, se concluye que *“no cabe excluir la posibilidad de que, en determinadas circunstancias extraordinarias, una Administración que no posea los medios materiales o técnicos idóneos para el desempeño de las competencias que le han sido encomendadas pueda acudir por razones de eficacia a la colaboración con otras entidades, bien utilizando la figura de la encomienda de gestión o bien valiéndose de los servicios de una persona jurídica distinta que tenga la consideración de "medio propio de la administración”*.

Se considera que la *ratio* misma del encargo es precisamente atender esas circunstancias extraordinarias que no puede afrontar el órgano encargante: *“Es más, el encargo para reforzar con su personal y medios técnicos las carencias puntuales que pueda tener una Administración pública constituye la razón de ser de un "medio propio" en cuanto dispone de una infraestructura suficiente e idónea para realizar prestaciones en sector de actividad de que se trate en su objeto social por tratarse de una opción más*

eficiente que la contratación pública o por concurrir razones de urgencia que exijan la necesidad de disponer de los servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico”.

Señala además que este planteamiento no es contradictorio con el mantenido en la Sentencia 1160/2020 en el que se reconocía viable *“poder recurrir ocasionalmente y cuando la Administración careciera de medios para ello, al auxilio de entidades públicas empresariales, como medios propios de la Administración, a prestar dicha auxilio o asistencia”.*

Y dicho auxilio y asistencia –añade la Sentencia 469/2023- no sólo es predicable de *“trabajos técnicos o materiales específicos sino también al auxilio en la gestión y en la tramitación de procedimientos que tiene encomendados, cuando el órgano administrativo se encuentra ante una situación extraordinaria y coyuntural a la que no puede dar respuesta por sus propios medios”.*

Se sostiene, por tanto, y esto es lo más importante, la posibilidad de auxilio en la tramitación de procedimientos administrativos, sin bien vuelve a suscitarse la incógnita sin resolver de cuán amplio puede ser este auxilio. En el caso enjuiciado, desde luego, su magnitud es especialmente considerable, ya que, como sabemos, se extiende a toda la tramitación de los procedimientos, lo que entraría en contradicción, en nuestra opinión, con la doctrina de la precedente jurisprudencia.

Se añade, con ánimo justificador, que la entidad encargada tiene la naturaleza de sociedad mercantil estatal, y por tal condición le resulta también de aplicación la Ley rituarial de procedimiento administrativo –afirmación que, a nuestro juicio, es cuestionable, pues las entidades con forma societaria se rigen esencialmente por las reglas del derecho privado-, de lo que deduce que *“la actuación de estas sociedades mercantiles estatales colaborando con una Administración pública en el ejercicio de las funciones que le han sido encomendadas no puede considerarse ajena a los principios y reglas de la ley de procedimiento administrativo a las que están sometidas, ni su actividad al tiempo de tramitar los expedientes que le han sido encomendados puede descartarse como un verdadero procedimiento administrativo”.*

Se valora también la intervención en dichos procedimientos de personal que carece de la condición de funcionario público y su posible afección en la reserva

funcionarial que venimos comentando, estatuyendo una interpretación especialmente flexible del artículo 9.2 del EBEP, que se aleja claramente del posicionamiento postulado por la jurisprudencia anterior, cuando señala que *“esta previsión no puede llevarnos a la conclusión de que toda intervención en un procedimiento administrativo, incluso ejerciendo tareas colaboración con una Administración pública, está reservada exclusivamente a los funcionarios de carrera, impidiendo la participación de otro personal, incluidos el personal laboral o los funcionarios interinos, pues ello desborda al sentido y alcance de esta previsión y dejaría vacante de contenido las formas de gestión indirecta y de colaboración con las Administraciones públicas antes descritas, que necesariamente conllevan la intervención de personal no funcionarial en la tramitación de los expedientes de los que conocen”*.

Finalmente se apela a que las circunstancias concurrentes en el caso de autos, en el que órgano encargante se reservaba el control de la tramitación objeto de encargo –así se afirma-, y en particular, la firma de las resoluciones administrativas que resolvían las solicitudes presentadas, reteniendo en definitiva, la decisión última de estos expedientes, y por ende, la potestad pública que tiene atribuida. Se trata de una aseveración, sin embargo, que la sentencia parece realizar sin total convicción -resultaba bastante discutible la realidad del control efectivo del procedimiento e incluso de la resolución final- y se añade, quizá para vadear esa dificultad, que no ha resultado probada en la instancia la ausencia del control efectivo de las resoluciones finales ni la intensidad del muestreo de las propuestas de resolución elaboradas por la entidad encargada –debe aclararse que el sistema estipulado en el encargo conllevaba un control por muestreo, es decir, que un determinado número de resoluciones eran firmadas sin dicho control efectivo-.

En definitiva, y al amparo de la trabazón argumental expuesta se fija la doctrina en cuya virtud *“en determinadas circunstancias extraordinarias y cuando una Administración que no posea los medios materiales o técnicos idóneos para el desempeño de las competencias que le han sido encomendadas, puede acudir por razones de eficacia a la colaboración con otras entidades, en concreto a una sociedad mercantil estatal que tiene la consideración de medio propio de la Administración. Esta colaboración puede estar referida no solo a trabajos técnicos o materiales concretos y específicos sino también puede solicitar su auxilio en la gestión y en la tramitación de procedimientos*

que tiene encomendados reservándose el órgano administrativo el control y la decisión que ponga fin procedimiento”.

El giro jurisprudencial acometido, sin embargo, naufraga, según el voto particular formulado,⁵⁸ ante la literalidad de la normativa vigente, que no permite legitimar la externalización de procedimientos administrativos para darles una respuesta ágil y eficiente, ni tan siquiera ante situaciones extraordinarias como las que concurren en este supuesto. Lo impiden, según se reseña, tanto el artículo 8.1 de la LRJSP (irrenunciabilidad de la competencia por los órganos que la tiene atribuida) como el artículo 20.1 de la LPA (responsabilidad de la tramitación de los procedimientos).

Se destilan también las notas esenciales a estos efectos de la encomienda de gestión y encargos a medios propios, por cuanto *“el auxilio que se permite recabar en estas normas a las que acaba de referirme no es para la tramitación de los procedimientos administrativos -ni, desde luego, para la resolución-, sino, únicamente, para “la realización de actividades de carácter material o técnico” (caso de la encomienda de gestión) o para la ejecución de “prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios” (caso de los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados)”.*

En nuestra opinión, este el *quid* fundamental que debería dirimir la cuestión, ya que el encargo está circunscrito a realizar las prestaciones propias de los contratos, como alternativa de éstos, resultando difícilmente subsumible la tramitación de procedimientos administrativos en el ámbito las prestaciones propias del contrato de servicios, puesto que éste, como sabemos, está ligado a la limitación objetiva que le impone el artículo 17 de la LCSP, al proscribir, como objeto de aquel, los servicios que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.

Por otro lado, el magistrado disidente imprecisa igualmente la existencia del control efectivo del procedimiento administrativo y de su resultado final por el órgano encargante, distanciándose de lo afirmado en la sentencia⁵⁹.

⁵⁸ Formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

⁵⁹ *“Resulta sumamente significativo que el único control previsto sobre las resoluciones definitivas elaboradas por INECO para ratificar su idoneidad consistiera en un simple muestreo de un número aleatorio de resoluciones, cuya cuantía se desconoce por completo, sobre cada una de las remesas de 500 resoluciones que remitía la sociedad mercantil estatal a los funcionarios de la Dirección General de*

Reivindica la doctrina vetada en los pronunciamientos anteriores, aun compartiendo las diferencias entre el caso enjuiciado y el de aquellos –como apuntaba la sentencia-, pues considera que *“buena parte de las consideraciones expuestas en aquellas dos sentencias admiten una proyección de alcance más general que no debe considerarse circunscrita a los procedimientos administrativos de carácter sancionador”*.

Finalmente invoca otros dos pronunciamientos recientes de la misma Sala, que considera desatendidos inopinadamente por la sentencia, y que a juicio del voto particular, *“constituyen precedentes relevantes en la cuestión que aquí se examina”*. Se refiere a las Sentencias del Tribunal Supremo 197/2023, de 16 de febrero y 198/2023, de 18 de febrero, que no versan sobre procedimientos sancionadores, sino sobre procedimientos administrativos de selección de personal. La primera de ellas tenía a la vista un procedimiento en el que se contemplaba que el tribunal calificador podía contar con vocales especialistas para su asistencia, pero se concluye que en ningún caso éstos pueden suplantar o sustituir *de facto* la labor de aquel. Es decir, los vocales especialistas podían *“proponerle una determinada valoración de los méritos correspondientes pero esa labor auxiliar no excluye que sea el tribunal calificador el que deba, antes de resolver al respecto, conocerlos en su totalidad y no sólo mediante un "cuadro-resumen detallado de la fase de valoración" "en formato anónimo", pues a él encomiendan las bases la decisión. Y, tal como dice la sentencia y no niegan los recurrentes, el tribunal calificador no conoció con plenitud los méritos de los 199 aspirantes que llegaron a esta fase sino que vino a ratificar lo que se le sometió”*.

Signifiquemos finalmente que la posterior Sentencia 1340/2023, de 26 de octubre, analiza el mismo supuesto de encargo, confirmando la doctrina que acabamos de desgranar sobre la base de los mismos argumentos, si bien cuenta, de igual manera, con el voto particular del mismo magistrado, con identidad de raciocinio.

El espectro creado por estas dos últimas sentencias del Tribunal Supremo alberga, en nuestra opinión, una cierta involución, al abrirse una amplia ventana a la

Transporte Terrestre”, lo que debe hilarse con el último de los asertos del Voto particular, en el que señala que *“no creo que pueda calificarse como "control efectivo" por parte de la Administración el que se lleva a cabo mediante un simple muestreo de un número aleatorio de resoluciones. Y no habiendo constancia de la entidad cuantitativa de esa muestra aleatoria que es objeto de revisión, a efectos de considerarla más o menos representativa, parece indudable que la acreditación de este dato habría correspondido a la Administración”*.

externalización casi *in totum* de la tramitación de procedimientos administrativos, lo que nos resulta de difícil asimilación si consideramos todas las advertencias que, de manera recurrente y consolidada, se habían ofrecido hasta la fecha desde los distintos órganos consultivos, tribunales administrativos y judiciales, citados precedentemente, que suscribimos.

No podemos compartir una interpretación tan dulcificada sobre la reserva funcional ni de los límites objetivos de los contratos –y por tanto de los encargos como su alternativa- porque convierte en terreno yermo los preceptos que los positivizan.

Cierto es que se fija como premisa justificativa de partida la concurrencia de circunstancias extraordinarias –e imprevistas, habría añadir, para no desdeñar el deber de planificación de los recursos humanos-, pero debe reconocerse que se trata de un añadido jurisprudencial que no aparece en nuestro ordenamiento jurídico. Converge, en nuestra opinión, la incorporación de un concepto jurídico indeterminado de alto riesgo, dando prevalencia al propósito de no entorpecer la solución de una indudable dificultad administrativa –la gestión de más de doce mil expedientes-, por encima de los planteamientos conceptuales ya asentados que debieran haber sido aplicados.

Tendremos que estar alerta sobre si en un futuro se sigue forzando la hermenéutica para dar solución a otras contingencias más o menos extraordinarias que pudieran suscitarse, dejando definitivamente baldíos los límites objetivos antes dichos, o por el contrario, se retoma y consolida la acendrada y predecesora doctrina.

Junio de 2024.

Bibliografía

- RECUERDA GIRELA, M.A. “*Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*”. Civitas. Thomson Reuters. Primera Edición. Junio 2018.
- MARTÍNEZ ÁVILA, A. “*Régimen Jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común*”. Recuerda Girela, M.A. (Director). Thomson Reuters Aranzadi. 2016.
- SARDINA PÁRAMO, J.A. “*Estudios y Comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*”. Tomo I. Ministerio de Justicia. Madrid. 1993.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. “*Los encargos a medios propios: ¿recurso ordinario o excepcional?*” Revista General de Derecho Administrativo. Nº 61 (Iustel, octubre 2022).
- AMOEDO SOUTO, C.A. “*Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*”. Gimeno Feliú, J. M. (Director) Aranzadi. 2018.