



Roj: **STS 1613/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1613**

Id Cendoj: **28079130032023100058**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **12/04/2023**

Nº de Recurso: **8778/2021**

Nº de Resolución: **469/2023**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **ATS 5763/2022,**  
**STS 1613/2023**

TRIBUNAL SUPREMO

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 469/2023**

Fecha de sentencia: 12/04/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 8778/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 21/03/2023

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: AVJ

Nota:

R. CASACION núm.: 8778/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 469/2023**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente



D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D.ª María Isabel Perelló Doménech

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 12 de abril de 2023.

Esta Sala ha visto por los magistrados indicados al margen, en su Sección Tercera, el recurso de casación número 8778/2021, interpuesto por el procurador de los tribunales don José Manuel Fernández Castro, en nombre y representación de Automóviles Zirconio, S.L., bajo la dirección letrada de don Pedro Manuel Rubio Escobar y doña Silvia del Saz Cordero, contra la sentencia de 28 de octubre de 2021, dictada por la Sección de Apoyo de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso contencioso-administrativo número 1518/2019.

Han intervenido como partes recurridas el Abogado del Estado en la representación que ostenta y el procurador de los tribunales don Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal en nombre y representación de la Federación Profesional del Taxi de Madrid, con la asistencia del letrado don José María Baño Fos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** El Procurador de los Tribunales don José Manuel Fernández Castro, actuando en nombre y representación de la mercantil "AUTOMÓVILES ZIRCONIO SL", interpone recurso contra la sentencia dictada por la Sección de Apoyo de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de noviembre de 2021 (rec. 1518/ 2019) por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por dicha sociedad y se acuerda anular las resoluciones de la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento al haberse encomendado la tramitación del procedimiento administrativo al personal de una sociedad mercantil de carácter estatal INECO adscrita funcionalmente al Ministerio de Fomento, pero externa al mismo.

**SEGUNDO.** Mediante Auto de 6 de abril de 2022 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en aclarar si la jurisprudencia sentada en las SSTS n.º 1160/2020, de 14 de septiembre (rec. 5442/2019) y n.º 1265/2020, de 7 de octubre (rec. 5429/2019) resulta de aplicación en el ámbito de procedimientos administrativos no sancionadores en cuya tramitación intervienen personas o entidades externas a la Administración; en particular y en este caso, una sociedad mercantil (INECO).

**TERCERO.** El recurso de casación argumenta, en síntesis, que la resolución recurrida se dicta en un procedimiento en el que se solicita de la Administración se reconozca una indemnización, en los términos regulados en el Real Decreto Ley 13/2018, de 28 de septiembre, por haber limitado la prestación de los servicios de las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor al ámbito interurbano. 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. La resolución impugnada se dictó, por tanto, en un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento de una indemnización complementaria derivada del cambio regulatorio.

El Real Decreto Ley reguló para ello un procedimiento distinto del contemplado en la Ley 39/2015. Así, la disposición transitoria única del citado Real Decreto Ley 13/2018 regula el procedimiento a través del cual podrá reclamarse la indemnización complementaria, tramitado y resuelto por la Dirección General de Transporte Terrestre, que es el órgano que debe dictar el acto definitivo en el procedimiento.

Se parte de los hechos tomados en consideración en la sentencia de instancia que sintéticamente consisten en los siguientes:

- INECO ha participado en todos los procedimientos tramitados por responsabilidad complementaria iniciados por los titulares de autorización de VTC.

- Su participación en dichos procedimientos era la siguiente: INECO se ocupaba de descargar las solicitudes y la documentación presentada en el órgano administrativo y archivarlas, introduciendo en la aplicación informática los datos necesarios para la digitalización del expediente. Después, analizaba la documentación presentada, hacía y notificaba los requerimientos de solicitud de documentación, comprobaba el cumplimiento



del requerimiento y, en caso de que no se hubiera aportado o no se hubiera aportado en plazo, elaboraba una propuesta de desistimiento, sin que en modo alguno dictaran los trabajadores de INECO el acto finalizador del procedimiento que quedaba reservado a los funcionarios de la Dirección General. En aquellos procedimientos iniciados correctamente, después analizaba la documentación presentada, y preparaba el texto de las resoluciones definitivas que remitía en grupos de 500 a la Dirección General. El envío a firma, esto es, la propuesta de resolución que luego había de firmarse se realizaba por unos funcionarios responsables del encargo, previo muestreo de un número aleatorio de expedientes. Firmadas las resoluciones, se incluían en el expediente electrónico y se notificaban a los interesados.

- En vía de recurso, INECO comprobaba que el recurso había sido formulado en plazo, y elaboraba posteriormente los informes de los recursos potestativos de reposición.

El recurrente aduce las siguientes infracciones:

1º La infracción del art. 5 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público y del art. 9.2 Real Decreto legislativo 9/2015, que aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico del empleado público, tal y como han sido interpretados por las SSTs de 14 de septiembre y 7 de octubre de 2020 (rec. 5442/2019 y 5429/2019).

Considera que, respecto a la intervención de los medios propios en cada procedimiento sancionador, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2020 en cuanto a la primera cuestión afirma que se admiten intervenciones puntuales de los medios propios con personificación privada en un procedimiento cuando esa concreta actuación no puede ser llevada a efecto por la Administración.

Y respecto a la cuestión ¿cabe el encargo de medios propios de la tramitación de procedimientos administrativos que no forman parte de la actividad normal del órgano y que son ideados para resolver una necesidad puntual como es, en este caso, la generada por la aprobación del Real Decreto Ley 13/2018?

Considera que en este caso no se está hablando de procedimientos que forman parte de la actividad habitual y permanente del órgano administrativo. Sino de procedimientos en masa que, al no formar parte de la actividad normal del órgano y deberse a una necesidad puramente coyuntural, superan con creces los medios personales de que están dotados los órganos administrativos sin que una vez resuelta la necesidad vayan a ser necesarios en el futuro. Esta cuestión no fue resuelta en la Sentencia de 19 de septiembre de 2020 porque la sociedad mercantil tuvo que tramitar todos los procedimientos sancionadores de forma habitual en una situación que no puede considerarse coyuntural.

Por otra parte, entiende que no es aplicable que el funcionario público es el único que garantiza la imparcialidad e independencia, pues el art. 15 de la Ley 30/1984 como el art. 10 del Estatuto Básico del Empleado Público admiten que los contratados laborales y los interinos puedan ser empleados en tareas coyunturales que no se vayan a perpetuar. La misma situación en la que se encuentran los empleados de las sociedades mercantiles que actúan como medios propios.

Lo único que podía hacer el órgano competente para paliar la situación creada por el Real Decreto Ley era nombrar funcionarios interinos o personal laboral, pero habría tenido que pasar por la modificación de la relación de puestos de trabajo. Por ello el recurso a la externalización en el caso de necesidades puntuales o coyunturales que escapan de la labor ordinaria de planificación de recursos personales está plenamente justificado.

Ni el art. 5 de la Ley 40/2015, ni el art. 9 del TREBEP, impiden que se encarguen a medios propios la tramitación de los procedimientos administrativos siempre y cuando se respete la competencia de los órganos administrativos para dictar los actos administrativos, ya sean de trámite o definitivos que pongan fin al procedimiento se pronuncien o no sobre la cuestión de fondo.

2º La infracción del art. 47.1.e) de la Ley 39/2015.

No todos los defectos formales son vicios de orden público que requieren de la anulación del acto y la nulidad como así ocurre en el procedimiento sancionador.

Por ello, la anulación debe ser la consecuencia cuando el defecto formal ha sido el causante de la ilegalidad material del acto, bien porque ha privado al interesado de la posibilidad de defenderse, bien porque la Administración no ha podido contar con elementos esenciales de conocimiento, pero nunca debe jugar en perjuicio del interesado. De ahí que, si a pesar del defecto formal, la Administración llegara a la misma resolución, el acto no tendría que anularse por este motivo sino, en su caso, por la invalidez material del acto dictado

La Sentencia que se recurre en casación, con ignorancia de la jurisprudencia anterior, concluye que el defecto formal consistente en la intervención de personal no funcionario en la tramitación de los expedientes



administrativos debe equipararse a la falta total y absoluta de procedimiento, y le reconoce un efecto invalidante de las resoluciones impugnadas, lo que le lleva a no entrar en las cuestiones de fondo alegadas por mi representada.

No estamos en este caso ante un procedimiento sancionador al que se refiere la STS de 14 de septiembre de 2020 cuando concluye el efecto invalidante de la irregularidad formal consistente en la tramitación del procedimiento por un medio propio. Ni siquiera estamos ante un procedimiento en el que se ejercitan potestades discrecionales.

Se trata de un procedimiento cuya instrucción pasa, simplemente, por comprobar la documentación presentada y realizar el cálculo al que remite el propio Real Decreto Ley 13/2018 de acuerdo con el criterio proporcionado por los funcionarios del órgano, una actividad puramente técnica para la que el art. 15 Ley 30/1984 permite recurrir a personal laboral.

Por ello, solicita la estimación del recurso de casación, case la Sentencia de instancia declarando la no concurrencia de la causa de nulidad apreciada, ordenando al Tribunal Superior de Justicia que dicte Sentencia pronunciándose sobre el resto de las infracciones materiales del ordenamiento jurídico que se alegaron por mi representada y sobre el restablecimiento de la situación jurídica conculcada en los términos planteados en el SUPlico de la demanda.

**CUARTO.** El Abogado del Estado considera, a grandes rasgos, que existe una disfunción entre el contenido del Auto de admisión y la pretensión ejercitada por el recurrente.

La pretensión estimatoria del recurrente es radicalmente desacertada además de venir insuficientemente fundada.

Lo que es cierto es que esta Abogacía del Estado no juega el papel de recurrente, pero aprecia como propios los razonamientos de la interposición en cuanto a su FD Primero en las págs. citadas 11,12 y 13, pero no puede por menos que asumir el argumento lógico-jurídico de la Sentencia de instancia en cuanto a los efectos de la nulidad de pleno derecho con retroacción de actuaciones y concesión de facilidades operativas a las reclamaciones de los interesados, como se desprende del sentido del fallo. Lo que es cierto es que esta Abogacía del Estado debió ocupar la posición de recurrente para sustentar estas afirmaciones, pero considerando las circunstancias existentes manifiesta su doble parecer de considerar razonable el juicio lógico de la Sala decretando la nulidad, aun no compartiendo el aspecto relativo a la intervención de INECO que no debió ser calificada por la Sala de instancia más allá de una intervención necesaria y justificada.

**QUINTO.** El representante legal de la Federación Profesional del Taxi de Madrid se opone al recurso de casación.

La cuestión de interés casacional que se plantea en este caso es estrictamente teórica y se centra en si la participación de funcionarios públicos en expedientes administrativos debe exigirse únicamente en el ámbito sancionador o, por el contrario, siempre que se ejerzan potestades públicas.

El art. 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público se refiere expresamente a las potestades públicas y no exclusivamente al derecho sancionador. Por tanto, siempre y cuando se estén ejercitando potestades públicas resulta de aplicación la jurisprudencia establecida en las sentencias SSTS nº 1160/2020, de 14 de septiembre (RCA 5442/2019) y nº 1265/2020, de 7 de octubre (RCA 5429/2019).

Lo que aquí se dilucida es una cuestión teórica y se refiere a si en la tramitación de expedientes que conducen a otorgar una indemnización económica se ejercen competencias públicas y resulta evidente que así es.

Considera que el art. 9.2 del Estatuto de Empleado Público reserva a los funcionarios las potestades públicas y no exclusivamente al derecho sancionador. La recurrente sostiene en su escrito de interposición (folio 10) una tesis elocuente, pero separada de la literalidad del art. 9.2 EBEP.

Por ello entiende que la jurisprudencia sentada en las SSTS nº 1160/2020, de 14 de septiembre (RCA 5442/2019) y nº 1265/2020, de 7 de octubre (RCA 5429/2019) que exige la tramitación de los procedimientos por funcionarios públicos resulta de aplicación en todos aquellos procedimientos donde se ejercitan potestades públicas en virtud de lo dispuesto en el art. 9.2 EBEP.

Por ello entiende que procede confirmar la sentencia de instancia y desestimar el recurso de casación.

En segundo lugar y por lo que respecta a la invoca infracción del art. 47 de la LPAC. Lo cierto es que según el art. 47 de la LPAC son nulos de pleno derecho los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contiene las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. Causa que concurre cuando el procedimiento se subcontrata a INECO en lugar de tramitarse por funcionarios públicos.



**SEXTO.** Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, acordándose la celebración de vista pública, que tuvo lugar el día 21 de marzo de 2023, y cuyo contenido quedó documentado en la correspondiente acta y en el soporte digital (CD) que obra unido a las actuaciones, procediendo en Sala a continuación a la deliberación y votación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** El presente recurso de casación se impugna la sentencia de la Sección de Apoyo de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de noviembre de 2021 (rec. 1518/2019).

La sentencia impugnada, transcribiendo la STS nº 1160/2020, de 14 de septiembre (rec. 5442/2020), declaró nula la resolución administrativa dictada por la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento, que rechazó la solicitud de indemnización complementaria presentada por la empresa "Automóviles Zirconio SL" al amparo de Disposición Transitoria única del Real Decreto Ley 13/2018, de 28 de septiembre.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid consideró "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" ( artículo 9.2 del 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) por lo se había producido una "desfuncionarización que lo desnaturaliza como procedimiento administrativo, resultando de aplicación el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre".

**SEGUNDO.** La presente controversia se centra, tal y como se afirmó en el Auto de admisión, en aclarar si la jurisprudencia sentada en las SSTS n.º 1160/2020, de 14 de septiembre (rec. 5442/2019) y n.º 1265/2020, de 7 de octubre (rec. 5429/2019) resulta de aplicación en el ámbito de procedimientos administrativos no sancionadores en cuya tramitación intervienen personas o entidades externas a la Administración; en particular y en este caso, el encargo para la tramitación del Ministerio de Fomento a una sociedad mercantil de carácter estatal (INECO).

En las citadas sentencias del Tribunal Supremo, tal y como en ellas se afirma, se trataba de dar respuesta a la siguiente cuestión: si los procedimientos sancionadores pueden ser tramitados con la intervención, en mayor o menor medida, pero con un carácter de generalidad y permanencia para toda la actividad administrativa procedimental, por personal ajeno al personal estatutario de un determinado órgano de una Administración Pública.

La jurisprudencia que se establece en respuesta a dicha cuestión fue la siguiente: "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".

En definitiva, lo afirmado en dichas sentencias versaba sobre la posibilidad de que la Administración encomiende a una entidad externa la tramitación de sus procedimientos sancionadores "con carácter general, de permanencia y de manera continua".

El supuesto ahora enjuiciado se diferencia del analizado en aquellas sentencias en dos extremos fundamentales:

a) Por un lado, no estamos ante un procedimiento sancionador sino ante la solicitud de una indemnización planteada al amparo de la disposición transitoria única del Real Decreto Ley 13/2018.

El R.D. Ley modificó el art. 91 de la Ley 16/1987 de Ordenación de los Transportes terrestres limitando el ámbito de actuación de los titulares de licencias de VTC, los cuales solo podrían prestar servicios de transporte interurbano de viajeros, pero la disposición transitoria única de dicha norma estableció que las autorizaciones existentes a la entrada en vigor de dicha norma o de las solicitudes que estuvieran pendientes de resolverse podrían continuar prestando servicio en un entorno urbano durante los cuatro años siguientes. Esta misma disposición transitoria preveía que si el titular de la licencia consideraba que la habilitación temporal concedida no le compensaba suficientemente podrían solicitar una indemnización complementaria en el plazo de tres



meses ante la Dirección General de Transporte Terrestre, órgano encargado de tramitarla y resolverlas en un plazo de seis meses.

b) En segundo lugar, en el supuesto enjuiciado en dichas sentencias se encomendó a una empresa pública la completa tramitación sus procedimientos sancionadores afirmándose que la doctrina se fija "tomando en consideración que dicha intervención no es meramente esporádica o circunstancial, sino que se realiza de manera permanente, en todos los procedimientos que se tramitan, orillando la intervención de los funcionarios encargados de dicho cometido" añadiendo más adelante que el encargo es "con carácter de permanencia y generalidad, en todos los procedimientos sancionadores que tramite el Organismo de Cuenca" a modo de "profesionalización de la misma en dichas tramitaciones" lo que proyecta una indudable continuidad en el desempeño de esta labor.

Por el contrario, en el supuesto ahora enjuiciado los encargos realizados por el Ministerio de Fomento a INECO no respondían a una colaboración habitual y continua sino al intento de dar una solución puntual a una situación extraordinaria, a una necesidad puramente coyuntural, motivada por la presentación de más de 15.000 solicitudes con motivo de la previsión contenida en la disposición transitoria única del Real Decreto Ley 13/2018, ante la imposibilidad de que la Dirección General de Transporte Terrestre pudiera tramitar por sí misma estas solicitudes en el plazo de seis meses marcado por la ley. Se trataba, por tanto, de la solicitud de colaboración puntual para tramitar estas solicitudes, que no se materializó en una colaboración permanente y estable respecto de la tramitación de todos los procedimientos administrativos encomendados a esta Dirección General.

Estas dos diferencias reflejan una situación de partida muy distinta entre el supuesto enjuiciado y el analizado en aquellas sentencias, que sin duda debe tomarse en consideración al tiempo de trasladar y aplicar la doctrina contenida en dichas sentencias al supuesto que nos ocupa.

**TERCERO.** Aclarado este extremo trataremos de esclarecer si ante una situación extraordinaria un órgano de una Administración pública puede solicitar la colaboración de una sociedad mercantil estatal para tramitar los procedimientos administrativos que tiene encomendados, reservándose la resolución administrativa que pone fin a dichos procedimientos.

Es cierto que la atribución legal de competencias a un órgano administrativo supone que su titularidad y por tanto su ejercicio corresponde, en principio, al órgano que la tiene encomendada. Las potestades públicas confiadas a un órgano administrativo son irrenunciables, así lo dispone el art. 8 de la LPAC de la ley 40/2015. Y el ejercicio de dichas potestades exige tramitar los procedimientos administrativos que le permitirán adoptar la resolución administrativa correspondiente.

Pero ello no implica que el ejercicio de las competencias y la tramitación de los procedimientos administrativos correspondientes tan solo pueda llevarse a cabo por los medios propios del órgano administrativo y más concretamente con la preceptiva intervención de los funcionarios públicos de carrera integrados en sus unidades administrativas.

Dejando al margen los supuestos de gestión indirecta de un servicio -contratando con terceros la prestación del servicio- nuestro ordenamiento jurídico también contempla técnicas de traslación de las competencias que no implican la pérdida de la titularidad por parte del ente que la tiene conferida, permitiendo la delegación de su ejercicio, como es el caso de los supuestos de delegación ( art. 9 de la Ley 40/2015).

Es más, la propia ley de procedimiento administrativo prevé también otros mecanismos de traslación que solo incluyen funciones materiales de ejecución o gestión, mantenido el órgano encomendante la facultad de dictar las resoluciones o acuerdos correspondientes, este es el caso de las encomiendas de gestión contempladas en el art. 11 de la Ley 40/2015 previstas para "la realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos" que podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño, encomienda que no supone cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio "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".

Finalmente, el art. 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, permite también que los poderes adjudicadores (entre los que se encuentran las Administraciones públicas) ejecuten de manera directa prestaciones propias valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de "medio propio" personificado de conformidad con lo dispuesto en dicho precepto y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Figura que, implica la gestión de los



asuntos que le competen a una Administración pública utilizando los medios técnicos y materiales de otro ente sobre el que ejercen un control análogo al ejercido sobre los servicios propios.

En definitiva, 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". 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 ( art. 86.2 de la Ley 40/2015)

De hecho, la STS nº 1160/2020, de 14 de septiembre (rec. 5442/2019), invocada por la sentencia impugnada, admite expresamente esta posibilidad al afirmar que "como regla general, la tramitación de los procedimientos sancionadores incoados por las administraciones Publicas han de ser tramitados por el personal al servicio de tales administraciones sin que sea admisible que, con carácter general, de permanencia y manera continua, pueda encomendarse funciones de auxilio material o de asistencia técnica a entidades públicas empresariales" y añade "sin perjuicio de 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 esta colaboración, debe añadirse, no solo puede estar referida a 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.

Es un hecho no controvertido que el Ministerio de Fomento encargó a INECO la tramitación de las 15.000 solicitudes que se presentaron en un periodo muy breve de tiempo al amparo de la disposición transitoria única del Real Decreto Ley 13/201. Y fue debido a la imposibilidad de tramitar por sus propios medios este elevado número de peticiones en el plazo de seis meses marcado por la ley cuando acudió a esta colaboración.

Por otra parte, tal y como se recoge en la sentencia de instancia, INECO es una sociedad mercantil de carácter estatal, cuyo capital pertenece íntegramente a las Entidades Públicas empresariales ENAIRE, ADIF y que está adscrita funcionalmente al Ministerio de Fomento, ostentando la condición de medio propio personificado y servicio técnico de la Administración General del Estado, condición que aparece publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Publico ( art. 32.6 apartado a) de la LCSP). Y en su condición de sociedad mercantil estatal integra el denominado "sector público institucional" ( art. 84.1.c de la Ley 40/2015) al que le resulta de aplicación la ley de procedimiento administrativo ( art. 2 y 113 de la ley 40/2015). De modo 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.

La nulidad de lo actuado tampoco puede fundarse en la no intervención de funcionarios públicos de carrera, aduciendo que solo a estos les corresponde el ejercicio de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas ( art. 9.2 del 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). 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 publicas antes descritas, que necesariamente conllevan la intervención de personal no funcional en la tramitación de los expedientes de los que conocen.

Pero es que además la Dirección General del Ministerio de Fomento se reservó el control de las labores de tramitación encomendadas a INECO y lo que es más relevante la firma de las resoluciones administrativas que resolvían las solicitudes presentadas. De modo que, si bien es cierto que la tramitación y la redacción de las propuestas de resolución se llevó a cabo por personal de la sociedad estatal, la decisión última de estos expedientes correspondió a las autoridades y funcionarios responsables de la Dirección General que ejercieron, por tanto, la potestad publica que la ley le encomendó.

La sentencia impugnada afirma que "resulta sumamente significativo que el único control previsto sobre las resoluciones definitivas laboradas 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 Transporte". Lo cierto es que, en contra de lo afirmado por dicha sentencia, no puede entenderse que la Dirección General no se reservó un control efectivo sobre las decisiones administrativas que se adoptaban, pues lo remitido por la sociedad estatal eran meras propuestas de resolución correspondiendo la decisión final y su firma a los funcionarios y autoridades responsables de dicha Dirección General. El ejercicio de un control efectivo antes de proceder a la firma o la intensidad del muestreo realizado no ha resultado acreditada y, según afirma la sentencia de instancia "se desconoce", pero no cabe duda que la Dirección General mediante la firma asumía el control último de estas decisiones y estaba en condiciones de ejercerlo de forma efectiva, haciéndose responsable del contenido de la decisión adoptada.

**CUARTO.** Sobre la cuestión de interés casacional planteada.

En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada procede señalar que, 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.

Es por ello que debe estimarse el recurso de casación y procede casar la sentencia de instancia al no apreciarse un motivo de nulidad de pleno derecho en el procedimiento administrativo tramitado, debiendo acordarse la retroacción de actuaciones al momento anterior a dictarse sentencia para que el Tribunal Superior de Justicia dicte una nueva en la que, sin apreciar la nulidad del procedimiento administrativo, se pronuncia sobre las restantes cuestiones planteadas en la instancia.

**QUINTO.** Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el art 93.4 LJ cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad sin que se aprecien razones de temeridad o mala fe en el presente litigio que justifiquen la imposición de las costas a ninguna de las partes intervinientes.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico cuarto:

1º Estimar el recurso de casación interpuesto por la mercantil "AUTOMÓVILES ZIRCONIO SL" contra la sentencia de la Sección de Apoyo de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de noviembre de 2021 (rec. 1518/ 2019) casando y anulando la sentencia impugnada y ordenando retrotraer el procedimiento para que vuelva a dictar una nueva sentencia en la que, sin apreciar la nulidad del procedimiento administrativo, se pronuncie sobre las restantes cuestiones planteadas en la instancia.

2º No procede imponer las costas del recurso de casación a ninguna de las partes.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Contencioso-Administrativo

#### VOTO PARTICULAR

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. EDUARDO CALVO ROJAS A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE ESTA SALA Nº 469/2023 DE 12 DE ABRIL (RECURSO DE CASACIÓN Nº 8778/2021).**



Por medio de este voto particular manifiesto mi respetuosa discrepancia con lo argumentado y lo acordado en la sentencia; y ello por las razones que ahora paso a exponer:

**1/** Comparto lo que expone la sentencia en sus antecedentes, así como lo razonado en sus fundamentos jurídicos primero y segundo; pero debo mostrar mi disconformidad con lo expuesto en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de la sentencia y con lo acordado en su parte dispositiva.

**2/** El fundamento jurídico tercero de la sentencia señala que la cuestión controvertida consiste en esclarecer si, ante una situación extraordinaria, un órgano de una Administración pública puede solicitar la colaboración de una sociedad mercantil estatal para tramitar los procedimientos administrativos que tiene encomendados, reservándose la resolución administrativa que pone fin a dichos procedimientos.

Pues bien, mi discrepancia surge ya con esta exposición de principio pues en ella se viene a restar importancia a la intervención que ha tenido la sociedad INECO en la tramitación de los procedimientos administrativos. Y ello porque, en realidad, INECO no se ha limitado a prestar su colaboración o asistencia técnica en la gestión de los expedientes, como parece sugerir el planteamiento que hace la sentencia, sino que ha llevado a cabo por sí misma la entera tramitación y ha formulado las propuestas de resolución, reservándose la Administración únicamente el protagonismo formal de la firma de la resolución.

**3/** No se trata de dilucidar aquí si, ante situaciones extraordinarias como son las surgidas por la presentación masiva de solicitudes o reclamaciones dirigidas a la Administración, sería deseable que el legislador arbitrara unas fórmulas específicas de gestión externalizada de estos procedimientos que permitiesen dar una respuesta ágil y eficiente. La cuestión, insisto, no es si tal cosa sería deseable sino, sencillamente, si esa vía de solución tiene cabida, y en qué términos, en la normativa procedimental vigente.

Pues bien, son varios los preceptos legales que abonarían una respuesta negativa. Baste citar, entre otros, el artículo 8.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público ("1. La competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras leyes. La delegación de competencias, las encomiendas de gestión, la delegación de firma y la suplencia no suponen alteración de la titularidad de la competencia, aunque sí de los elementos determinantes de su ejercicio que en cada caso se prevén"); o el artículo 20.1 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ("1. Los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos").

**4/** Dejando ahora a un lado figuras tales como la delegación de competencias, la avocación, la delegación de firma o las suplencias ( artículos 9, 10, 12 y 13 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público), en las que el "desplazamiento" de la actividad se produce entre órganos de la propia Administración, es cierto que nuestra legislación contempla también determinadas modalidades de auxilio externo, como sucede con las "encomiendas de gestión", previstas en el artículo 11 de la citada Ley 40/2015, o los "encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados", conforme a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Pero es importante señalar que 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).

**5/** En el caso que aquí nos ocupa, la sentencia de instancia expone de manera pormenorizada la naturaleza y el alcance de la intervención de la empresa INECO, señalando, en lo que ahora interesa, que los encargos a dicha empresa "[...] comprendían entre las [tareas] encomendadas tanto la resolución de los expedientes de indemnización complementaria por la nueva delimitación del ámbito territorial de las autorizaciones VTC como la elaboración de informes de los recursos potestativos de reposición para la Subdirección General de Recursos" (F.J. 3º, página 23 de la sentencia recurrida). Y entre las diferentes actuaciones que enumera se incluyen todas las relativas a la tramitación de los procedimientos y la preparación y "envío a la firma" de las propuestas de resolución creadas en remesas de 500 resoluciones (lotes). Y en cuanto a la resolución de los procedimientos, destaca la sentencia los siguientes:



"[...] 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 Transporte Terrestre" (F.J. 3º, página 24 de la sentencia recurrida).

6/ La sentencia de la que discrepo alude a las sentencias de la Sección 5ª de esta Sala nº 1160/2020, de 14 de septiembre (recurso 5442/2019) y nº 1265/2020, de 7 de octubre (recurso 5429/2019), en las que se declara que: "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".

Pero destaca la sentencia que el caso que ahora nos ocupa presenta diferencias con el examinado en aquellas ocasiones en dos extremos fundamentales: de un lado, no se trata aquí de un procedimiento administrativo sancionador; y de otra parte, los encargos realizados por el Ministerio de Fomento a INECO no respondían a una colaboración habitual y continua sino al intento de dar una solución puntual a una situación extraordinaria, a una necesidad puramente coyuntural, motivada por la presentación de más de 15.000 solicitudes.

Pues bien, aceptada la existencia de tales elementos diferenciales, entiendo 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.

Además, existen otros pronunciamientos muy recientes, en este caso de la Sección 4ª de esta Sala -SsTS 197/2023, de 16 de febrero (casación 4118/2021) y 198/2023, de 18 de febrero (casación 3686/2021)- que no se refieren a procedimientos sancionadores sino a la resolución de un proceso selectivo para proveer plazas de auxiliar administrativo. Aunque la sentencia de la que aquí discrepo no las menciona, considero que estas dos sentencias constituyen precedentes relevantes en la cuestión que aquí se examina. Por ello, de la primera de estas sentencias, en concreto de su F.J. 4º, creo oportuno reproducir el siguiente fragmento:

"[...] Ciertamente, el tribunal calificador puede valerse de la colaboración de vocales especializados -el artículo 13.3 del Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado, aprobado por el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, lo admite expresamente- los cuales, sin duda, pueden 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

[...]

Además, aceptar que el tribunal calificador pueda trasladar su función esencial a quien no forma parte de él supone admitir que puede prescindir de su razón de ser. Una interpretación de esa naturaleza conduce al absurdo y, en realidad, los recurrentes no la mantienen pues, al mismo tiempo, sostienen que no se delegaron facultades decisorias. El problema es que en el acta del 1 de octubre de 2018 del tribunal calificador se hace constar que solamente tomó conocimiento del cuadro resumen detallado de la valoración de méritos efectuada por el vocal especializado y por el consultor. Esto es lo que lleva correctamente a la sentencia a considerar contraria a Derecho esa actuación del tribunal calificador pero no porque se haya hecho un uso indebido de la delegación, que no parece haberla utilizado, sino porque no ha ejercido debidamente su competencia".

Entiendo que tales consideraciones son trasladables al caso que nos ocupa, y con mayor razón si cabe, pues la controversia que resuelve la sentencia de la que discrepo se refiere a procedimientos administrativos en los que se dilucidan reclamaciones indemnizatorias cuyo eventual acogimiento comporta el desembolso de fondos públicos.

Siendo esa la entidad y trascendencia de lo que se decide, no cabe afirmar que la Administración ha ejercido un control efectivo sobre la resolución que se adopta en cada procedimiento teniendo en cuenta que, como deja señalado la sentencia recurrida en casación, "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, ...".



Frente al parecer de mis compañeros, 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.

7/ Por las razones expuestas, discrepando del parecer de la mayoría de la Sala, entiendo que debería haberse declarado no haber lugar al recurso de casación.

En Madrid, en la misma fecha que la sentencia

Eduardo Calvo Rojas

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ