

1

EL ENCARGO A MEDIOS PROPIOS DEL EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS: EL CASO DEL GRUPO TRAGSA

MARQUES BUENO CLAUDIA

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - 1. **Objeto del trabajo.**
 - 2. **El Grupo TRAGSA. Sociedad Mercantil Estatal.**
 - 3. **Régimen jurídico: el uso y el abuso del Grupo TRAGSA como medio propio.**
- II. LA REGULACIÓN SOBRE LOS LÍMITES A LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS.
 - 1. **El artículo 9.2 del TREBEP: la existencia consolidada de dualidad entre los funcionarios y el personal laboral.**
 - 2. **Los límites a la externalización de potestades administrativas.**
 - 2.1. La posibilidad de ejercer potestades por sociedades mercantiles públicas.
 - 2.2. La delimitación sobre el ejercicio de potestades y la participación en labores auxiliares o técnicas.
 - 3. **La delegación del ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las Administraciones Públicas.**
- III. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LOS LÍMITES A LA EXTERNALIZACIÓN DE POTESTADES.
 - 1. **La delegación de funciones técnicas o auxiliares y potestades concretas: la sentencia 1160/2020, del Tribunal Supremo, de 14 de septiembre sobre la Confederación Hidrográfica del Guadiana.**
 - 2. **Sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración: la doctrina del caso INECO, sentencia 469/2023, del Tribunal Supremo, de 12 de abril.**
- IV. CONCLUSIONES.
- V. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

1. Objeto del trabajo

En los últimos años ha tenido lugar un incremento en el uso de medios propios de la Administración para la ejecución de tareas técnicas o auxiliares cuyo objeto acaba siendo el ejercicio de verdaderas potestades administrativas. Al Grupo TRAGSA, en calidad de medio propio, y lejos de su objeto social, se le han encargado la tramitación de expedientes sancionadores por parte de su personal laboral, que tiene vedado el ejercicio de potestades administrativas. En este contexto, ha tenido lugar la elaboración de este trabajo con el objeto de analizar el impacto jurídico de los encargos a medios propios, como lo es el Grupo TRAGSA.

En ese sentido, han existido debates, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, sobre las potestades administrativas reservadas al personal funcionarial, y, en consecuencia, las actividades que son susceptibles de ser ejercitadas por el personal laboral.

Para realizarlo, se ha tomado como punto de partida la sentencia 1160/2020, de 14 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (rec. 5442/2019). En virtud de su análisis y para la posterior elaboración de este trabajo, se ha acudido a la principal normativa administrativa, así como a las interpretaciones doctrinales.

Entre las cuestiones que serán analizadas se encuentran la regulación sobre los límites a los encargos a medios propios, los criterios de interpretación del TS sobre los límites a la externalización de potestades, así como otros supuestos análogos al caso objeto de estudio.

2. El Grupo TRAGSA. Sociedad mercantil estatal

El Grupo TRAGSA está compuesto por la empresa matriz TRAGSA y su filial TRAGSATEC, dos sociedades de capital público íntegramente. La «Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima» (TRAGSA), empresa matriz del Grupo, fue creada por un Decreto del Consejo de Ministros de 21 de enero de 1977 que configuró a la citada sociedad como un medio instrumental al servicio de la Administración Pública desde un principio. TRAGSA fue fundada con el objeto de ejecutar obras y servicios de desarrollo rural, de conservación del medio ambiente, así como para llevar a cabo actuaciones de emergencia.

La actividad del Grupo TRAGSA es desarrollada a petición de las Administraciones Públicas. Se distribuye en cinco unidades territoriales que responden a los mandatos e incluso exigencias urgentes de la Administración central, autonómica y local. He aquí un punto de inflexión, y es que, para proceder a la realización de tales actividades, tanto la matriz, como su filial, son consideradas

como medios propios personificados, así como servicios técnicos, con base en lo dispuesto en la DA 24.^a de la LCSP¹.

Para que el Grupo TRAGSA tenga la condición de medio propio personificado es necesario que, con base en el artículo 32 de la LCSP, apartado 2 d) y apartado 4 a) y b) de la LCSP, reúna los siguientes requisitos: (i) la condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación (ii) que los poderes adjudicadores que puedan conferirle encargos ejerzan sobre el ente destinatario del mismo un control conjunto análogo al que ostentarían sobre sus propios servicios o unidades y (iii) que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los poderes adjudicadores que lo controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores.

Se trata de una serie de condiciones sobre las que los órganos de la Unión Europea han tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones. Un ejemplo se encuentra en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de noviembre de 2012, *Econord SpA contra Comune di Cagno* y otros, Asunto C-182/11 que considera cumplido el requisito del control análogo «cuando cada una de las administraciones públicas participe tanto del capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión»².

1. Disposición adicional vigésima cuarta de la LCSP: «2. TRAGSA y su filial TRAGSATEC tendrán la consideración de medios propios personificados y servicios técnicos de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, de los Cabildos y Consejos Insulares, de las Diputaciones Forales del País Vasco, de las Diputaciones Provinciales y de las entidades del sector público dependientes de cualesquiera de ellas que tengan la condición de poderes adjudicadores, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el punto 2.º de la letra d) del apartado 2 del artículo 32, y en las letras a) y b) del apartado 4 del mismo artículo, y estarán obligadas a realizar, con carácter exclusivo, los trabajos que estos les encomienden en las materias señaladas en los apartados 4 y 5, dando una especial prioridad a aquellos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren. De acuerdo con esta obligación, los bienes y efectivos de TRAGSA y su filial TRAGSATEC podrán incluirse en los planes y dispositivos de protección civil y de emergencias».

2. A este respecto es interesante el análisis que lleva a cabo GALLEGO CÓRCOLES, I., «Los encargos a medios propios y a servicios técnicos en la jurisprudencia del TJUE», *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, n.º 140, 2015, págs. 2-5 (consultado por última vez el 11/03/2025). Sección Informe de Jurisprudencia. «Este informe se ha elaborado a partir de las sentencias del TJUE que analizan supuestos de encargos a medios propios o a servicios técnicos, abarcando así tanto los supuestos de contratos *in house* como las relaciones de cooperación vertical. Desde la perspectiva de un estudio más amplio relativo a las relaciones entre poderes adjudicadores excluidas de la aplicación de las Directivas sobre contratación pública, complementa al publicado en el número 135 de esta Revista (“¿Convenio o contrato?: La cooperación horizontal en la jurisprudencia del TJUE”)». El elemento principal para excepcionar la aplicación de las normas sobre contratación pública cuando son dos entes públicos los que perfeccionan el acuerdo, es la definición del concepto de «control análogo». Por «control análogo» ha de entenderse posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la entidad sometida a control. En otros

Como ya indica la Disposición adicional vigésima cuarta de la LCSP, TRAGSA es un medio propio de varias Administraciones públicas que ejercen un control sobre ella. Ese control análogo conjunto puede ser ejercido por varias Administraciones Públicas, sin que sea necesario que tengan una mayoría accionarial. El Grupo TRAGSA es medio propio de varias Administraciones Públicas (CCAA incluidas). De la sentencia 265/2024, de 22 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (rec. 57/2023), se extrae que TRAGSA realizaba más del 55% de su actividad con las CCAA y alrededor de un 35% con el Estado. De hecho, este modelo de TRAGSA como medio propio de varias Administraciones Públicas ha sido declarado conforme al Derecho de la Unión Europea por el propio TJUE. Así se desprende de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de abril de 2007, Asemfo contra TRAGSA y Administración del Estado, Asunto C-295/05.

En el caso que nos ocupa, la regulación del Grupo TRAGSA se encuentra en el recién aprobado Real Decreto 345/2025, de 22 de abril, por el que se desarrolla el régimen jurídico de la «Empresa de Transformación Agraria, S.A., S.M.E., M.P.» (TRAGSA) y de su filial «Tecnologías y Servicios Agrarios, S.A., S.M.E., M.P.» (TRAGSATEC) y que sustituye (y deroga) el anterior Real Decreto 69/2019, de 15 de febrero. En la nueva norma, ya en vigor, se dispone en el artículo 4.2, relativo al objeto de los encargos que: «En ningún caso podrán realizarse encargos que supongan una traslación del ejercicio de potestades públicas, no entendiéndose como tales las actuaciones de TRAGSA o TRAGSATEC que puedan considerarse tareas de carácter meramente auxiliar o de contenido estrictamente técnico, siempre que el órgano administrativo se reserve el control y la decisión que ponga fin a los procedimientos administrativos». Esta cuestión constituye el objeto de este trabajo.

3. Régimen jurídico: el uso y el abuso del Grupo TRAGSA como medio propio

El encargo a medios propios se trata de un sistema que la LCSP describe como de cooperación interadministrativa vertical para la ejecución directa de prestaciones sin que tengan que materializarse por medio de un contrato. Esta cooperación es parte de la capacidad y potestad de autoorganización de las Administraciones Públicas.

Se había señalado en el epígrafe anterior los requisitos para que una entidad sea considerada como medio propio. Entre ellos, destacaba la necesidad de que el 80% de la actividad del medio propio sean encargos que le formulan las Administraciones, mientras que el 20% restante, pueden ser otras actividades, como contratos privados o públicos, sin poder presentarse a las licitaciones de las

términos, la entidad adjudicadora debe estar en condiciones de ejercer sobre la entidad de que se trate un control estructural y funcional. Control, además, que ha de ser efectivo.

Administraciones de las que son medio propio. Esta clasificación nos guía hacia las dos vertientes principales de conflicto que planean sobre el Grupo TRAGSA.

De un lado, nos encontramos ante la existencia de un abuso en el uso del Grupo TRAGSA como medio propio por el aumento considerado de actividades que le son encargadas, y que, para más precisión, exceden de su objeto social³. De otro lado, y ya centrándonos en el objeto de este trabajo, se encuentra el encargo al Grupo TRAGSA de actividades que suponen la realización de potestades administrativas enmascaradas en el ejercicio de funciones técnicas o auxiliares en la tramitación de procedimientos administrativos. Esto plantea un primer problema muy evidente y es que, en nuestra legislación, con carácter general, el ejercicio de potestades administrativas queda reservado a funcionarios públicos, de los que carece el Grupo TRAGSA, puesto que sus empleados son laborales. Esta reserva viene contemplada en el artículo 9.2 del TREBEP, una norma esencial en la problemática que plantea este trabajo y que, consecuentemente, será objeto de análisis posterior.

La controversia radica en determinar hasta qué punto el ejercicio de las actividades que son encargadas a un medio propio, o en este caso al Grupo TRAGSA, se considera ejercicio de potestades administrativas.

La sentencia 1160/2020, de 14 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (rec. 5442/2019), que será analizada posteriormente, trató el conflicto derivado del encargo de la Confederación Hidrográfica del Guadiana a la filial TRAGSATEC de la elaboración de expedientes sancionadores. El TS analizó el alcance de las labores que habían sido encargadas entre las que se encontraban la redacción de borradores, propuestas de resoluciones, la resolución y la resolución del recurso administrativo que pudiera interponerse, lo que suponía la asunción por TRAGSATEC de los trámites esenciales del procedimiento administrativo y no una mera labor asistencial.

El TS coincidió con el TSJ de Castilla-La Mancha, que dictó la resolución recurrida, en que se trataba de una delegación prohibida del núcleo central del *ius*

3. Puesto que esta relación de motivos no será objeto de estudio en este trabajo, es interesante la consulta al informe que ha realizado el Tribunal de Cuentas, donde se denuncia la situación que se acaba de describir (Informe de Fiscalización de la Actividad de la Empresa de Transformación Agraria, S.A., S.M.E., M.P. [TRAGSA] como medio propio, ejercicios 2021 y 2022). El Tribunal de Cuentas ha valorado que: «A la vista de las actuaciones que acomete, puede afirmarse que TRAGSA recibe encargos que han ido distanciándose del tráfico para el que fue creada como medio propio, esto es, la consecución de los objetivos de reforma y desarrollo agrario, forestal y de conservación de la naturaleza. Teniendo en cuenta el considerable número de medios propios con los que cuenta la Administración, no resulta ponderado el crecimiento de las actuaciones en los diferentes ámbitos de actividad del medio propio, siendo imprescindible mantener la especialización en todos ellos. Y si bien la entidad fiscalizada invoca en su escrito de alegaciones que son los poderes adjudicadores, en atención a la pluralidad de medios propios existentes, los que deciden en cada momento cuál es el más idóneo para la satisfacción de sus intereses públicos, constituiría una buena práctica que TRAGSA, sin perjuicio de la obligada aceptación del encargo del que se trate, trasladara al correspondiente poder adjudicador la conveniencia de que en determinados ámbitos de actuación se valiese de otro u otros medios propios, cuando exista alguno que tuviera una especialización mayor en esos ámbitos».

puniendi que sólo correspondía a los órganos administrativos, lo que suponía una vulneración del artículo 24 de la CE. En su sentencia, el TS encontró una «atípica tramitación» que suponía una causa de nulidad radical. La jurisprudencia del TS es importante porque determinó una serie de criterios para considerar qué actividades debían ser reservadas a los funcionarios y qué actividades podía realizar el personal laboral en régimen de colaboración o auxilio a las Administraciones Públicas.

II. LA REGULACIÓN SOBRE LOS LÍMITES A LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS

1. El artículo 9.2 del TREBEP: la existencia consolidada de dualidad entre los funcionarios y el personal laboral

De manera previa a la elaboración de un análisis acerca de este precepto tan relevante, debemos acudir, en primer lugar, a la CE como la norma suprema que recoge y menciona a los funcionarios en sus artículos 103.3 y 148.1.18. Los funcionarios existen en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, luego no se puede prescindir de su figura. Sin embargo, nuestra CE, a diferencia de otras como la alemana, no aclara qué funciones tienen que desarrollar o qué puestos de trabajo tienen que necesariamente ocupar los funcionarios⁴. Pese a ello, de ese articulado, el TC ha establecido desde sus primeros pronunciamientos una doctrina, poco clara, que aboga por la preferencia por el modelo funcional⁵.

JARAMILLO FERNÁNDEZ, en uno de sus comentarios acerca de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, recoge un apartado dedicado a la consagración de la dualidad de regímenes en el empleo público, donde eleva la importancia del Informe del 25 de abril de 2005, elaborado por la Comisión constituida para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público⁶. Si bien la existencia consolidada de dualidad entre el personal estatutario o administrativo y el laboral no estaba prevista, pero tampoco prohibida por la CE, la laboralización de las relaciones de empleo público encuentra su razón de ser en la elusión de las normas rígidas que regulan la función pública en lo que respecta al acceso al empleo público, a la asignación de tareas o a la movilidad, entre otras cuestiones.

4. Artículo 33.4 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (actual Constitución de Alemania): «4. El ejercicio de facultades de soberanía será confiado, como regla general y con carácter permanente, a funcionarios del servicio público sujetos a una relación de servicio y lealtad, bajo un régimen de Derecho público».

5. Sentencia 293/1993, de 18 de octubre, Tribunal Constitucional (rec. 2854/1990). Sentencia 302/1993, de 21 de octubre, del Tribunal Constitucional (rec. 38/1989). Sentencia 9/1995 de 16 de enero, del Tribunal Constitucional (rec. 2119/1991).

6. JARAMILLO FERNÁNDEZ, M., «Comentario crítico al nuevo artículo 92.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local: Historia de un precepto superfluo», *Revista digital CEMCI*, n.º48, 2020, págs. 47-51 (consultado por última vez el 14/03/2025).

La Comisión propuso la elaboración y posterior aprobación de un Estatuto Básico del Empleado Público aplicable a todos los empleados públicos, con independencia de que se tratasen de funcionarios o contratados laborales, pero con el matiz de diferenciar entre las reglas aplicables a unos y a otros en razón de las circunstancias objetivas o funcionales. La indeterminación de la CE acerca de los puestos susceptibles de ser reservados a los funcionarios fue parcialmente superada por la regulación del TREBEP.

A pesar de la nueva legislación, el personal estatutario y el laboral conservan un régimen jurídico completamente diferenciado. La clave en el conflicto se encuentra en el artículo 9.2 del TREBEP:

«2. 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».

Los términos en los que está contemplada esa delimitación de funciones son difusos. Tampoco en la Exposición de motivos de la Ley se encuentra alusión al respecto⁷. El TREBEP sigue el camino abierto que dejó la Sentencia 32/2002, de 11 de febrero del Tribunal Constitucional (rec. 22160/1998), es decir, establece una serie de principios generales que recogen la exclusividad de los funcionarios para desempeñar determinadas funciones para que la legislación de desarrollo elaborada por el Estado y las Comunidades Autónomas expresen lo considerado acerca del ejercicio de tales funciones por los diferentes empleados.

Esa regulación del artículo 9.2 del TREBEP que contiene el núcleo de las funciones que se reservan a los funcionarios, en concreto el ejercicio de las potestades públicas y la salvaguardia de los intereses generales, procede del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁸.

7. En la Ley 2/2023, de 15 de marzo, de Empleo Público de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, como legislación de desarrollo del TREBEP, se recoge, en el artículo 8, una lista más completa que la establecida en la legislación básica. Así, en su apartado segundo se determina que: «2. De conformidad con la legislación básica, en todo caso, las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas corresponden, exclusivamente, al personal funcionario. Se entiende que dichas funciones son, necesariamente, las de ejercicio de la autoridad, tales como la elaboración y aprobación de actos administrativos, las actividades de inspección y sanción, la exacción de tributos o la emisión de órdenes de policía. Asimismo, están reservadas a personal funcionario las funciones de salvaguardia de los intereses generales de las Administraciones públicas, entendiendo por estas aquellas funciones que son indispensables para el ejercicio del poder público, tales como la fe pública, el asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería. Asimismo, están reservadas a personal funcionario que preste servicios en las oficinas de asistencia en materia de registros las funciones de funcionario habilitado previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, para la identificación y autenticación del ciudadano».

8. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea, de 3 de junio de 1986, Comisión contra Francia, Asunto 307/84. Esta sentencia tiene como objeto delimitar la reser-

La doctrina ha sido muy crítica con el artículo 9.2 del TREBEP⁹. De una parte, cuestiona que el TREBEP acuda a conceptos jurídicos indeterminados tales como las potestades públicas y la salvaguardia de los intereses generales, cuyo desarrollo legal puede llevar aparejada multitud de problemas en la práctica. Esa problemática ha de relacionarse con la idea que subyace en la CE, es decir, con la posibilidad de que se formule una reserva a favor de los funcionarios públicos en relación con las actividades que suponen el ejercicio de prerrogativas o poderes exorbitantes frente a terceros, pues los sujetos privados, como en este caso lo es el Grupo TRAGSA, no cuentan con los mismos.

De otra parte, también existen dudas acerca del alcance de la reserva a los funcionarios públicos, pues mientras que una parte de la citada doctrina hace una interpretación más restrictiva al ejercicio de autoridad, siendo esta mayoritaria, se contempla, a su vez, una línea más extensiva a cualquier potestad administrativa. Otro de los aspectos controvertidos es la denominada «participación directa o indirecta» por la indeterminación que viene asociada al precepto y, por lo tanto, por la inseguridad jurídica que supone en la realidad práctica¹⁰.

A estas líneas de interpretación diversas ha de añadirse la progresiva laboralización de las Administraciones Públicas a lo largo de los últimos años, lo que supone una realidad práctica que, lejos de encontrarse claramente reglada, se caracteriza por la confusión de los regímenes jurídicos entre el personal funcionarial y el laboral. JORDANO FRAGA considera que uno de los motivos de la progresiva laboralización radica en la creación de sociedades mercantiles de titularidad pública¹¹.

va de las funciones públicas que pueden ser ejercitadas por parte de los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea en otro Estado miembro. Uno de los requisitos para el acceso al empleo público en nuestro país es la nacionalidad española, tal y como viene contemplado en el artículo 56.1 a) del TREBEP. El principio de libre circulación de trabajadores y la prohibición de no discriminación entre ciudadanos de la Unión Europea obliga a que esa mención a los nacionales españoles se amplíe a los nacionales de otros Estados miembros, salvo cuando se trata de funciones que supongan una participación «directa o indirecta, en el ejercicio de la potestad pública y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas.

9. CANTERO MARTÍNEZ, J., «Funcionarios y laborales (a propósito del ejercicio de potestades públicas en la administración y de la reserva funcionarial)», Ponencia presentada en el VI Congreso Internacional sobre Gestión de Recursos Humanos en la Administración Pública celebrado en Vitoria los días 9, 10 y 11 de junio de 2010, págs. 11-17.

10. FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, J., «El Estatuto Básico del empleado público: la regulación de las funciones reservadas al funcionario público», *Revista española de derecho administrativo*, n.º 139, 2008, pág. 490 (consultado por última vez el 19/03/2025). GAMERO CASADO, E., «Capítulo VI. Ejercicio de potestades administrativas por entidades del sector público con personalidad de Derecho privado». GAMERO CASADO, E. (Dir.), *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 432.

11. JORDANO FRAGA, J., «Grietas en los ejes del modelo constitucional: las funciones reservadas a los funcionarios», *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º174, 2015, págs. 161-163 (consultado por última vez el 19/03/2025).

En lo que se refiere a la confusión entre los regímenes jurídicos, es muy interesante la siguiente expresión que el autor utilizó: «extender el régimen jurídico a quien no se lo ha ganado no tiene ningún sentido». Con ello, se determina que la igualación en los regímenes de funcionarios y laborales solo es posible y legítima si las condiciones para acceder han sido las mismas, conforme a los criterios de igualdad, publicidad, concurrencia, mérito y capacidad. Realmente, el acceso del personal laboral al Grupo TRAGSA en nada se parece al del personal funcional de la Administración, pues ni siquiera comparten el mismo nombramiento, proceso característico del personal funcional¹².

Como puede apreciarse, el TREBEP consagró la dualidad de regímenes de los funcionarios y del personal laboral. Aunque no ha resuelto claramente el gran problema relativo a la delimitación de las funciones que corresponden a unos y a otros, ha incorporado una reserva legal del ejercicio de potestades públicas. Eso implica que, en principio, el personal laboral no puede ejercer dichas funciones.

2. Los límites a la externalización de potestades administrativas

Aunque en el caso objeto de este trabajo se prohibiese el ejercicio de potestades administrativas por parte del Grupo TRAGSA, eso no significa que el ordenamiento jurídico, en otros supuestos, lo excluya completamente. Por lo tanto, es importante manejar términos como la «delegación» de funciones, el ejercicio atribuido *ex lege* de potestades públicas a sociedades mercantiles estatales o la participación en funciones auxiliares o técnicas que no suponen el ejercicio de potestad.

Es interesante, en esta parte y antes de continuar con la profundización correspondiente, proceder a la realización de una delimitación acerca de lo que se entiende por «potestad administrativa», que puede describirse como un poder que permite a la Administración cumplir con la finalidad orientada a la protección del interés

12. La diferencia en el acceso radica en el ámbito de aplicación del TREBEP. El TREBEP también dispone que el personal laboral puede acceder mediante los sistemas de concurso, oposición y concurso-oposición. La diferencia con los funcionarios es que el concurso sólo tiene lugar cuando una ley lo autoriza como tal, mientras que con los laborales no es necesaria tal autorización. El problema en este caso es que el grueso de la regulación del TREBEP no se aplica a las sociedades mercantiles públicas tal y como puede apreciarse en su artículo 2 relativo al ámbito de aplicación. No obstante, la disposición adicional primera del TREBEP dice que «Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica». Esas entidades del sector público no mencionadas, pueden ser, entre otras, sociedades mercantiles públicas, que tienen que respetar esos «principios», pero, en ningún caso, seguir procesos selectivos por lo que las diferencias en la contratación son evidentes. La prueba es el portal de contratación del Grupo TRAGSA, donde al igual que otras empresas privadas se publica una oferta de trabajo, pero no una convocatoria pública a la que se concurra: https://www.tragsa.es/_layouts/15/GrupoTragsa/ficha-oferta-empleo.aspx?tipo=FTG&jobid=49379

general, siendo este último un concepto jurídico indeterminado, como hemos tenido ocasión de observar anteriormente¹³.

Una cuestión muy relevante en el caso objeto de estudio es la forma de atribución de las potestades administrativas. En el «Asunto TRAGSA», la Confederación Hidrográfica del Guadiana atribuyó a través del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares diversas funciones, como el impulso efectivo del expediente administrativo y la resolución del expediente sancionador, entre las más relevantes, lo que supone funciones que constituyen el núcleo de esa potestad sancionadora.

Debemos considerar, en primer lugar, el principio de legalidad como punto de partida en la atribución de potestades; es decir, es la ley la que atribuye potestades a la Administración, definiendo sus límites, así como otorgándole a la misma poderes jurídicos para su acción. Nuestro ordenamiento jurídico cuenta con numerosos instrumentos normativos que atribuyen potestades¹⁴. En ningún caso, como se puede ver, los «pliegos de prescripciones técnicas» son instrumentos que atribuyen potestades, pues no tienen naturaleza normativa.

El ejercicio de la potestad, y no la titularidad, puede ser delegada siempre y cuando lo permita también el ordenamiento jurídico, lo que supone una nueva remisión al principio de legalidad. Si el ordenamiento jurídico otorga a una determinada Administración el ejercicio de una potestad, se entiende que deba ejercerla, es decir, no puede externalizarla o entregarla a otro sujeto distinto.

En el «Asunto TRAGSA» la Confederación Hidrográfica del Guadiana debía haber ejercitado con sus propios medios, personales y materiales, la potestad que le fue otorgada por la ley, en este caso, la sancionadora, y no haberla externalizado a TRAGSATEC, pues, simplemente, no estaba habilitada por el ordenamiento jurídico para ello.

2.1. *La posibilidad de ejercer potestades por sociedades mercantiles públicas*

De la definición constatada anteriormente se extrae que el ejercicio de las potestades administrativas requiere de un previo otorgamiento a la Administración

13. GAMERO CASADO, E., «Capítulo I. Delimitación conceptual de la potestad administrativa». GAMERO CASADO, E. (Dir.), *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 74. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2017, pág. 488. y NAVARRO GONZÁLEZ, R., «Capítulo III. La atribución de las potestades administrativas». GAMERO CASADO, E. (Dir.), *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 244.

14. A estos efectos resulta relevante el siguiente capítulo NAVARRO GONZÁLEZ, R., «Capítulo III. La atribución de las potestades administrativas» GAMERO CASADO, E. (Dir.), *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 231-276.

por parte del ordenamiento jurídico con base en el principio de legalidad, de manera que sólo ella podrá ejercer la potestad, y no otros sujetos, como puede ser el Grupo TRAGSA, a los que la externaliza.

Una de las novedades en esta materia ha sido el artículo 2 apartado 2 b) de la LRJSP y de la LPAC:

«2. El sector público institucional se integra por:

Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el artículo 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas».

Este precepto ha supuesto que vuelvan a someterse al Derecho Administrativo las actividades de, por ejemplo, las sociedades mercantiles públicas como entidades de Derecho Privado vinculadas al sector público, siempre y cuando, ejerzan potestades administrativas, otorgando una mayor seguridad jurídica para la satisfacción del interés general¹⁵.

Nuestro ordenamiento jurídico permite que las entidades del sector público con una personificación jurídico-privada puedan ejercer potestades administrativas, siempre y cuando exista una clara distinción entre el propio ejercicio y la titularidad de estas, ya que esta última quedaría retenida por la Administración matriz. Una de las expresiones de esta posibilidad, viene contemplada en el artículo 113 de la LRJSP:

«Las sociedades mercantiles estatales se regirán por lo previsto en esta Ley, por lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirles el ejercicio de potestades administrativas».

Este ha sido un precepto que ha suscitado reacciones contrarias entre los diferentes autores. Algunos lo han rechazado, mientras que otros, como LÓPEZ GONZÁLEZ han considerado que de esta manera el Derecho Administrativo vuelve a recoger la actuación de estas entidades que anteriormente se encontraban marginadas¹⁶.

15. LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I. «El Derecho administrativo y la actividad relacional de las entidades de derecho privado de la Administración», *Revista Nueva Época*, n.º 1, págs. 72-73 (consultado por última vez el 24/03/2025).

16. LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I. «El Derecho administrativo y la actividad relacional de las entidades de derecho privado de la Administración», *Revista Nueva Época*, n.º 1, pág. 65 y ss. (consultado por última vez el 24/03/2025).

NAVARRO GONZÁLEZ entiende que los conceptos de «potestad pública» y facultades o potestades que impliquen ejercicio de «autoridad pública» (o comúnmente conocido como función de *imperium*) se tratan de verdaderas funciones de autoridad que sólo pueden ser ejercitadas por los funcionarios públicos en virtud del poder de coacción con el que cuentan las Administraciones Públicas¹⁷. Por ende, las sociedades mercantiles estatales podrían ejercer potestades administrativas siempre y cuando no supongan el ejercicio de autoridad, de manera que, y aquí está la verdadera clave, la atribución excepcional del ejercicio de las potestades públicas se haga mediante la ley como instrumento normativo exigido en la norma anteriormente citada.

Ahora bien, es necesario dejar claro que no es lo mismo ostentar la titularidad de la potestad pública, que ejercer dicha potestad. Serán las Administraciones Públicas (y no una entidad de derecho privado) las que puedan ser titulares de las potestades administrativas, pues como bien ha quedado expuesto anteriormente, han sido creadas con ese fin. Sin embargo, el ejercicio de las potestades públicas puede ser atribuido a sujetos con personalidad de Derecho privado, como, por ejemplo, y en el caso que nos ocupa, a la filial TRAGSATEC. Ello conlleva la necesidad de un control del ejercicio que haga de la potestad el sujeto privado.

Una de las carencias de la LPAC y LRJSP es la insuficiencia o indeterminación de normas que articulen esos instrumentos de control del ejercicio de la potestad por el sujeto privado. Consecuentemente, en la práctica existe una atribución libre y sin condiciones de las potestades a los sujetos privados.

GAMERO CASADO fue determinante al respecto al elaborar un esquema básico que complementa la retención de la titularidad de la potestad administrativa por parte de las Administraciones Públicas. En concreto, expuso que: (i) la Administración a la que se encuentre vinculado el sujeto de Derecho privado está sujeta a los poderes de ordenación, dirección y control cuando aquel ejerza potestades administrativas; (ii) se debe articular una vía de recurso administrativo, en concreto la alzada impropia, sobre los actos que dicten esos sujetos que ejercen las potestades administrativas atribuidas; (iii) ha de tener lugar, en última instancia, el control judicial del ejercicio de la potestad ante la jurisdicción contencioso-administrativa. De esta manera, se lograría un equilibrio entre el respeto a las garantías de los ciudadanos y el ejercicio de las potestades administrativas por parte de las entidades de Derecho privado enmarcadas en el Sector Público¹⁸.

17. NAVARRO GONZÁLEZ, R., «Capítulo III. La atribución de las potestades administrativas» GAMERO CASADO, E. (Dir.), *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 255.

18. GAMERO CASADO, E., «Capítulo VI. El ejercicio de potestades administrativas por entidades del sector público con personalidad de Derecho privado» GAMERO CASADO, E., (Dir.), *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 455.

Los preceptos de la LRJSP objeto de estudio en esta parte recogen y reconocen una reserva legal de ley de tal forma que nuestro ordenamiento jurídico permite que una ley (y no un reglamento u otro tipo de normas de inferior rango) atribuya el ejercicio de determinadas potestades a sociedades mercantiles públicas. De lo que se trata en este caso es de supuestos en los que la ley encarga a una Administración el ejercicio de la potestad y esta la externaliza a una sociedad mercantil pública bajo el subterfugio de que es una actividad técnica o auxiliar. Pero, además, existe otra cuestión, y es que la propia ley dice que el límite al ejercicio de esa potestad está en las funciones de autoridad. Un ejemplo de esas funciones de autoridad puede ser la potestad sancionadora. Precisamente por esto se debería ser aún más cauteloso en la externalización de procedimientos como el sancionador.

2.2. *La delimitación sobre el ejercicio de potestades y la participación en labores auxiliares o técnicas*

Un punto controvertido y que puede separar la delgada línea entre la validez y la invalidez de la actuación administrativa se encuentra en la delimitación de las funciones que pueden ser ejercidas. Un grado menor de participación en el ejercicio de potestades administrativas es la realización de actividades técnicas o auxiliares al servicio de esa potestad. En ese caso no nos encontramos ante un ejercicio, y, por tanto, no opera la reserva legal de la que hemos hablado, sino de actividades materiales o complementarias.

El creciente progreso tecnológico, así como la complejidad técnica han provocado que la Administración, en vista de la ausencia de personal a su servicio capaz de solventar sus necesidades, acuda a agentes privados¹⁹. Hasta este punto, no existe un ápice de controversia²⁰.

Lo que realmente es controvertido es que un sujeto privado que cuenta con una especialización o capacidad técnica intervenga en un procedimiento administrativo de tal forma que determine *de facto* el contenido de la decisión final. En el caso de TRAGSATEC, su objeto social consiste en la realización de proyectos de consultoría e ingeniería en el ámbito del medio ambiente, pero acabó tramitando un auténtico procedimiento administrativo, elaborando incluso la propuesta de resolución y reservando solo la firma de la resolución a la Administración (la Confederación Hidrográfica del Guadiana) quedando la misma desplazada a un segundo plano.

Como se puede apreciar, el acto administrativo formalmente «lo firma» el funcionario público perteneciente a la Administración, pero lo «elabora» o lo «redacta» un sujeto totalmente diferente, al que el ordenamiento jurídico no le ha otorgado, mediante los instrumentos antes vistos, ninguna facultad.

19. CANALS AMETLLER, D., *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad*, Comares, Granada, 2003, pág. 229.

20. Confirmado por la reciente Sentencia 126/2026, de 10 de febrero, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (rec. 791/2022).

Existe una dificultad patente a la hora de determinar el contenido de las actividades meramente técnicas o auxiliares. Esta distinción es clave porque de ello dependerá la validez o no del acto administrativo. Sin embargo, no existe un criterio que sea de aplicabilidad general, pues recordemos que, si no han sido capaces de elaborar un estatuto básico del empleado público conforme al objetivo de la uniformidad para evitar la dualidad entre funcionarios y personal laboral, mucho menos vamos a encontrar legislación que sea capaz de solucionar este problema de delimitación.

Un ejemplo es la sentencia 587/2016, de 9 de junio, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (rec. 998/2012) ante un caso en el que el encomendatario era una entidad pública empresarial. El TS en el fundamento de Derecho séptimo determinó que el ejercicio de las funciones de control y seguimiento implican un ejercicio de autoridad que debe ser reservado a los funcionarios públicos porque de otra forma no se conseguirían los objetivos vinculados a la realización de esa función²¹.

Es relevante también la sentencia 525/2019, de 22 de abril, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (rec. 2280/2016), que afirmó que la participación del ente encomendado en la elaboración de resoluciones o en el control desde una plataforma tecnológica en lo que se refiere a bienes patrimoniales supone el desempeño de funciones de autoridad, ejercicio reservado a los funcionarios públicos. Aclara el TS que, además, cualquier función que implique la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas, es parte de la reserva contemplada por el artículo 9.2 del TREBEP.

También en la doctrina se han apuntado criterios para distinguir entre el ejercicio de una potestad y de una actividad técnica o auxiliar. Recientemente, BERNING PRIETO ha apuntado que, si se trata de una resolución que ponga fin a un procedimiento administrativo o de un informe que sirva de base para dictar

21. Fundamento de Derecho séptimo «[...] la elaboración de contenidos de resoluciones o el seguimiento y control desde una plataforma tecnológica implica la participación en la formación de la voluntad de los órganos administrativos y el ejercicio de funciones de control [...]. Sobre estas funciones, ha dicho insistentemente esta misma Sección, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ilustra acerca de la atribución de labores que únicamente pueden ser desempeñadas con eficacia como potestades de naturaleza indudablemente administrativa. De no ser así —como se decía en aquella sentencia nuestra de 16 de mayo de 2012— qué poder de persuasión o decisión, habría de tener en este caso la agencia a fin de ejecutar y hacer cumplir, en definitiva, los cometidos y deberes vinculados a tales tareas de seguimiento y control: “[...] Es sustancialmente necesario, por tanto, que esas tareas vayan acompañadas de unas potestades reales que hagan efectiva la comprobación y verificación realizadas. Todo ello con el fin, loable, por otra parte, de que los fondos públicos sean destinados a las finalidades previstas y se disponga de ellos con la máxima eficiencia para los intereses generales. De otra forma no se entienden esas tareas [...]”. En definitiva, la participación en el ejercicio de estas funciones de control y seguimiento implica, inexorablemente, como se afirma por la recurrente, el desempeño de atribuciones que entrañan ejercicio de autoridad y que, en consecuencia, se hallarían reservadas a funcionarios públicos».

aquella, se deben considerar actividades que suponen el ejercicio de una potestad administrativa por la influencia y condicionamiento que hacen sobre la misma²².

Si acudimos a una interpretación *a sensu contrario*, las funciones meramente auxiliares serían aquellas que coadyuven a la resolución del procedimiento, pero no lo condicionan ni implican el ejercicio de potestades administrativas o el ejercicio de autoridad. La sentencia 56/2002, de 19 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (rec. 61/2002) ha sido parte de la jurisprudencia menor que ha señalado esas funciones²³.

En el «Asunto TRAGSA» existieron ciertas funciones delegadas que podrían considerarse auxiliares a la vista de lo expuesto anteriormente, como es la elaboración de dosieres o de notas resumen, pero la realidad es que dejan de tener esa consideración cuando el resto de las actividades que han sido objeto de encargo son

22. BERNING PRIETO, A. D., «Capítulo IV: Delimitación entre potestades administrativas y actividades técnicas o auxiliares», GAMERO CASADO, E., (Dir), *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 291. Las actividades auxiliares son enumeradas de la siguiente manera por BERNING PRIETO en el capítulo anteriormente citado: —Funciones relacionadas con oficios, tales como las de vigilancia, custodia, porteo, y de carácter instrumental para el mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones. —Funciones relacionadas con las artes gráficas, como la confección de emblemas de determinadas políticas públicas, el diseño de carteles de publicidad relativa a la transparencia pública, aquellas destinadas al fomento de actuaciones públicas con publicidad a la sociedad. —Encuestas, tanto su confección como su realización, bajo control de calidad en cualquier caso por parte de los órganos competentes de la Administración Pública para garantizar su veracidad. —Protección civil, si bien al tratarse de un servicio público municipal se rige por la legislación específica estatal y autonómica, que resulte de aplicación. —Comunicación social, muy unido a las áreas de expresión artística y su desarrollo. —Servicios sociales y protección de menores, como tareas propias de asistencia psicológica o similares. —Aquellas que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria, con las salvedades puestas de manifiesto anteriormente. —Funciones administrativas de trámite y auxiliares para el manejo de máquinas o de archivo, que puede suponer, por ejemplo, el traslado de la documentación administrativa de una Administración a otra, en caso necesario, o al archivo definitivo, aunque debe tenerse en cuenta que en la actualidad la legislación de procedimiento administrativo común y régimen jurídico del sector público establecen que el archivo administrativo estará en soporte electrónico, por lo que las funciones auxiliares en este sentido podrían ser el traslado de servidores, lo cual en la práctica tampoco es viable, al tratarse de centros tecnológicos de información que no requieren traslado alguno, o el mantenimiento técnico de los centros de información. —Funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo que pueden encontrarse vinculadas o no a la tramitación de procedimientos administrativos.

23. Fundamento de Derecho primero: «[...] Y ello porque los puestos de trabajo correspondientes a dicha categoría profesional están reservados a funcionarios, lo que se infiere de las características y funciones de los mismos, toda vez que no son de naturaleza no permanente, ni sus actividades se dirigen a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo, tampoco son propias de oficios ni consisten en vigilancia, custodia y porteo, ni se trata, por otra parte, de puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, ni pertenecen a las áreas de expresión artística, servicios sociales y protección de menores, ni requieren conocimientos técnicos especializados, conforme lo dispuesto en el artículo 15.1.c) de la Ley 30/84 de 2 de Ago., de Medidas para la Reforma de la Función Pública, redactado por la Ley 23/88».

la elaboración de la resolución o impulsar el expediente administrativo. Esto último supone el ejercicio de una verdadera potestad administrativa como la sancionadora.

Las consecuencias de proceder a la realización de actuaciones que impliquen el ejercicio de potestades administrativas o el ejercicio de autoridad por parte del personal que no está autorizado para ello sería la invalidez de la actuación administrativa. La invalidez puede ser por un supuesto de anulabilidad o de nulidad. Las causas de nulidad son tasadas y así vienen recogidas en el artículo 47 de la LPAC. Se podría interpretar que uno de los posibles supuestos de nulidad podría fundamentarse en el artículo 47.1. b) relativo a los actos dictados por órganos manifiestamente incompetentes por razón de la materia o del territorio, siendo este supuesto aquel en que formalmente el acto es dictado por un órgano competente, pero en el fondo viene de otro al que el ordenamiento jurídico no le ha otorgado esa competencia.

También pueden tener lugar supuestos de indefensión a consecuencia del dictado de actos que supongan la vulneración de un derecho fundamental. El artículo 24.2 reconoce el derecho de defensa como derecho fundamental susceptible de amparo constitucional. El TC (sentencia 150/2023, de 20 de noviembre, del Tribunal Constitucional [rec. 5467/2019], entre muchas otras) expone que ese derecho fundamental solo se reconoce, en el ámbito administrativo, en los procedimientos sancionadores y que, por lo tanto, en esos casos también podría provocar la nulidad y no solo la anulabilidad, si se produce indefensión.

El tercer y último motivo y que fue el que apreció el TS en el caso objeto de este trabajo para determinar la nulidad de las actuaciones llevadas a cabo por TRAGSATEC, es el de la omisión total y absoluta del procedimiento para dictar los actos administrativos que se les habían encargado.

Se puede concluir que, como muestra el objeto de este trabajo, la falta de delimitación clara entre lo técnico o auxiliar y el ejercicio de la potestad se está aprovechando para continuar con la externalización de los procedimientos, lo que ha sido criticado por la doctrina²⁴.

3. La delegación del ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las administraciones públicas

A veces, como demuestra el «Asunto TRAGSA», el ejercicio de esas supuestas funciones auxiliares se produce en procedimientos de mucha importancia o que

24. AGUADO CUDOLÀ, V., *La presunción de certeza en el Derecho Administrativo sancionador*, Civitas, Madrid, 1994, p. 117. Es crítico con la situación, y es que la progresiva laboralización que está teniendo lugar en las Administraciones Públicas debería reducirse únicamente a actividades técnicas o muy especializadas; es decir, debería considerarse una excepción, pero la realidad es muy diferente, pues la relación estatutaria se está viendo desplazada por la laboral. BERNING PRIETO, A. D., «Capítulo IV: Delimitación entre potestades administrativas y actividades técnicas o auxiliares», cit., p. 282. BERNING considera que la externalización de las funciones debe realizarse de manera reducida para evitar un desplazamiento del Derecho Administrativo y una disminución de las garantías que implica su aplicación.

generan un agravio elevado para los ciudadanos, como sucede con el procedimiento administrativo sancionador. Este procedimiento se encuentra revestido de una serie de garantías cuyo incumplimiento determina, incluso, la nulidad de las sanciones impuestas²⁵.

En este sentido, hay que tener en cuenta, en primer lugar, el artículo 25 de la LRJSP relativo al principio de legalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora. Aquí se determina, como anteriormente ha quedado expuesto, que se ejercerá la potestad sancionadora siempre y cuando exista un reconocimiento expreso por una norma con rango de ley. Los sujetos privados no cuentan con el otorgamiento de poderes exorbitantes y consecuentemente, tampoco con las garantías del correcto ejercicio de esos poderes.

Una de las grandes preguntas que algún autor como LEÓN ACOSTA se plantea es la posibilidad de que la Administración pueda delegar *lato sensu* el ejercicio de su potestad sancionadora, sin que el legislador se pronuncie al respecto. Como consecuencia de ese cuestionamiento, también analiza si el legislador puede permitir la delegación o se encuentra vedada y cuál sería, en su caso, el régimen jurídico aplicable a los sujetos privados que ejerciesen el *ius puniendi*²⁶.

Para dar una primera respuesta a todos esos cuestionamientos debemos atender al artículo 9 de la LRJSP que en su apartado segundo recoge las materias vedadas a la delegación, entre las cuales no se encuentra la potestad sancionadora²⁷. La cuestión está, entonces, en determinar si se puede delegar esa potestad a un sujeto de naturaleza privada como una sociedad mercantil pública, en el caso objeto de este trabajo, el Grupo TRAGSA.

El legislador ha atribuido a la Administración Pública una potestad, como es la sancionadora, y tal y como he dejado constatado en capítulos anteriores, esas funciones solamente pueden ser ejercidas por funcionarios públicos que están revestidos de una serie de garantías que justifican esa reserva de funciones. Esta idea de excluir a los sujetos privados también se puede apreciar en otros supuestos. Por

25. Una explicación de las particularidades de la nulidad de las sanciones administrativas puede encontrarse en GARCÍA LUENGO, J., «Algunas especialidades de la nulidad de las sanciones», REBOLLO PUIG, M., (Dir.); HUERGO LORA, A., (Dir.); GUILLÉN CARAMÉS, J., (Dir.); CANO CAMPOS, T., (Dir.), *Anuario de Derecho administrativo sancionador*, Thomson Reuters-Civitas, 2021, págs. 203-225.

26. LEÓN ACOSTA, M., «El ejercicio del *ius puniendi* por sujetos privados. A propósito del artículo 107.4 de la Ley 6/2011 de movilidad de la Comunidad Valenciana», *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 62, 2023, págs. 4-5 (consultado por última vez el 10/04/2025).

27. Artículo 9.2 de la LRJSP: «2. En ningún caso podrán ser objeto de delegación las competencias relativas a: a) Los asuntos que se refieran a relaciones con la Jefatura del Estado, la Presidencia del Gobierno de la Nación, las Cortes Generales, las Presidencias de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. b) La adopción de disposiciones de carácter general. c) La resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de recurso. d) Las materias en que así se determine por norma con rango de Ley».

ejemplo, los artículos 17 y 284.1 de la LCSP que permiten llevar a cabo la celebración de contratos de servicios y de concesión de servicios, no otorgan la posibilidad de celebrar contratos que impliquen el ejercicio de autoridad (se entiende el *ius puniendi* incluido) inherente a los poderes públicos²⁸.

Hasta ahora ha quedado demostrado que la Administración no podrá delegar el ejercicio del *ius puniendi* a un sujeto privado. Ahora bien, resulta interesante determinar si hay alguna razón hipotética por la que el legislador, mediante las modificaciones legislativas pertinentes, no pudiese permitir la delegación del ejercicio del *ius puniendi* a sujetos privados, bien directamente o bien habilitando a la Administración a que lo haga.

En España, el TC ha permitido que la Administración ejerza también el *ius puniendi* rompiendo con una reserva de jurisdicción (monopolio judicial) para imponer castigos, pero ese *ius puniendi* pertenece al Estado. Es cierto, no obstante, que en nuestra Constitución no se contemplan limitaciones sobre el sujeto que puede ejercer el *ius puniendi*, pues en todo caso, el artículo 25.1 de la misma establece unos principios básicos sobre el ejercicio del *ius puniendi*, pero no quién lo puede ejercer.

Dentro de un terreno más particular, ya se mencionó anteriormente la reserva que el artículo 9.2 del TREBEP establecía en favor del personal funcionario respecto de potestades públicas que suponen un impacto en los intereses generales de la ciudadanía por el plus de garantías con el que cuentan. Pero, como en toda regla general, también existen las excepciones cuando así lo justifique el legislador. De hecho, en la doctrina se han señalado ejemplos en los que no hay una plena «administrativación» de esa potestad y que hay sujetos privados que efectivamente ejercen potestades sancionadoras²⁹.

Por todo lo anterior, realmente no existen en nuestro ordenamiento jurídico datos que impidan al legislador atribuir o permitir a la Administración que delegue

28. LCSP. Artículo 17. Contrato de servicios: «Son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario. No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos».

LCSP Artículo 284. Ámbito del contrato de concesión de servicios: «1. La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares. En ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos».

29. LEÓN ACOSTA, M., «El ejercicio del *ius puniendi* por sujetos privados. A propósito del artículo 107.4 de la Ley 6/2011 de movilidad de la Comunidad Valenciana», *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º62, 2023, págs. 21-22 (consultado por última vez el 10/04/2025). LEÓN ACOSTA ha mencionado algunas de las excepciones como es el Banco de España que solo se integra por personal laboral, los Colegios Profesionales, las Federaciones deportivas o aquellos legisladores autonómicos que confiaron potestades inspectoras a los prestadores del servicio de transporte público terrestre de viajeros, o autorizando a la Administración para que delegue aquellas a estos últimos.

el ejercicio del *ius puniendi* a sujetos privados. No es, por lo tanto, una cuestión de existencia de límites constitucionales, sino de las garantías que ostente el sujeto que va a llevar a cabo el ejercicio para que este sea correcto. Es por ello por lo que creo que el legislador puede permitir que los sujetos privados ejerzan potestades sancionadoras.

Si no existe una prohibición y los sujetos privados pueden ejercer el *ius puniendi*, habrá que determinar el derecho aplicable a los mismos en el ámbito de su actuación. La LRJSP, en su artículo 113, ya mencionado anteriormente, establece que si la sociedad mercantil estatal ejerce potestades administrativas se le aplicará el Derecho Administrativo, lo que es objeto de confusión al estar pensado el Derecho Administrativo para las Administraciones Públicas, realmente, y no para los sujetos privados.

El legislador podría permitir, con base en lo expuesto y pese a lo dispuesto en el artículo 113 de la LRJSP (que prohíbe el ejercicio de autoridad por estas entidades), la atribución del ejercicio de la potestad sancionadora al Grupo TRAGSA como medio propio. Cuestión diferente serán las garantías con las que cuente ese sujeto. La realidad es que, en el caso objeto de estudio, la atribución no se realizó conforme a estos requisitos, pues fue mediante el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares y no a través de la Ley por el legislador.

III. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LOS LÍMITES A LA EXTERNALIZACIÓN DE POTESTADES

1. La delegación de funciones técnicas o auxiliares y potestades concretas: la Sentencia 1160/2020, del Tribunal Supremo, de 14 de septiembre sobre la Confederación Hidrográfica del Guadiana

El 23 de junio de 2016 el Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadiana dictó una resolución que imponía a una sociedad una sanción pecuniaria de 2.000 euros, así como una indemnización de 596,45 euros por la apertura de un pozo e instalación de instrumentos para la extracción de aguas públicas subterráneas. El sancionado interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la sanción ante el TSJ de Castilla-La Mancha, que fue estimado en la sentencia 77/2019, de 13 de marzo, ante la que se interpuso recurso de casación por parte de la Confederación Hidrográfica.

Se toma esta sentencia sometida a casación como elemento nuclear en este trabajo en virtud del análisis que el TS ha realizado sobre el alcance de las labores encomendadas recogidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares. El objeto de la encomienda con TRAGSATEC fue la elaboración de dossiers, notas, resúmenes y borradores, así como la valoración de la viabilidad del expediente sancionador, de las alegaciones del interesado, el impulso del expediente administrativo, la propuesta de resolución, la elaboración de la resolución en sí misma e

incluso la resolución del posible recurso administrativo que hubiera de tener lugar. De esta forma, las labores de la Confederación Hidrográfica del Guadiana se limitaban a prácticamente «firmar» la resolución redactada por TRAGSATEC, tras un procedimiento sancionador conducido exclusivamente por esta última.

El objeto de la *litis* radica, por lo tanto, en el encargo efectuado por la Confederación Hidrográfica del Guadiana (CHG) a la mercantil estatal TRAGSATEC, filial de la empresa TRAGSA, para que llevara a cabo una prestación de auxilio material y asistencia técnica en la tramitación de los expedientes sancionadores.

Como en cualquier recurso de casación, en el auto de admisión del recurso debe identificarse la existencia de un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Ese interés radica, en este caso, en determinar si se comprenden dentro de los encargos que se pueden realizar a la mercantil estatal TRAGSATEC, la tramitación de los procedimientos administrativos sancionadores. Lo que subyace en el fondo es, en definitiva, si el personal laboral de la sociedad mercantil pública puede realizar ese tipo de funciones.

La raíz del conflicto radica en la existencia de una notable acumulación de expedientes sancionadores en el Organismo de Cuenca. Ante ese incremento, el citado organismo se ve necesitado del auxilio técnico de medios excepcionales, en este caso, de TRAGSATEC. El auxilio lo suple mediante los encargos asignando tareas accesorias al procedimiento sancionador. Es más, el auxilio técnico, como tal, es parte del objeto social del Grupo TRAGSA. En el caso al que se refiere la sentencia supone la intervención en procedimientos administrativos, que no son objeto de las funciones para las que fue creada la entidad mercantil, de manera repetida y prolongada en el tiempo.

Es de gran importancia aclarar que, con base en la Disposición adicional vigesimocuarta de la LCSP, no se encuentran incluidas funciones de desarrollo de procedimientos administrativos en los apartados cuarto y quinto de la misma disposición adicional, los cuales establecen una amplia relación de las funciones que son susceptibles de encargo al Grupo TRAGSA como medio propio personificado. De todo ello y como bien aclara la LCSP y el Real Decreto 345/2025, el Grupo TRAGSA podrá llevar a cabo las actividades relacionadas con su objeto social (medio rural y medio ambiente), siempre y cuando no impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.

Conforme al artículo 5 de la LRJSP, tal y como cita el TS, los procedimientos administrativos han de llevarse a cabo por las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones por parte del órgano que tenga la competencia, que a su vez se integran por personas físicas³⁰. La relación entre el personal funcional y la

30. Artículo 5 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: «1. Tendrán la consideración de órganos administrativos las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo. 2. Corresponde a cada Administración Pública delimitar, en su respectivo ámbito competencial, las unidades administrativas que configuran los órganos administrativos propios de las espe-

actividad administrativa da lugar a una reserva que se relaciona con las garantías, porque, al fin y al cabo, el ente administrativo está compuesto por personas que actúan en su lugar y a través de las cuales se canaliza su decisión. De ahí que, a su vez, exista para los funcionarios un régimen disciplinario mucho más estricto que aquel que se impone al personal del régimen laboral. Así dice el TS:

«De lo expuesto hemos de concluir que, en la medida en 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 públicos, lo cual constituye la regla básica en materia de tramitación de procedimientos administrativos».

En atención a lo expuesto por el TS, lo realmente problemático no es acudir al auxilio técnico de ese personal laboral en un momento puntual o singular. Lo jurídicamente controvertido es que la intervención del personal se realice de forma permanente y continuada desde que tiene lugar el comienzo del procedimiento hasta que finaliza con una resolución.

La Administración, y así lo hace saber el Tribunal Supremo, puede externalizar prestaciones, es decir, puede pedir la colaboración externa para la prestación de un servicio público, pero, como ya se ha hecho ver, el procedimiento sancionador no es un servicio público que se preste a los ciudadanos, sino una actuación administrativa interna³¹. Como tal, no es susceptible de externalizarse, porque de algún modo la Administración estaría dejando de ser aquello para lo que fue creada, es decir, para cumplir con la exigencia constitucional de llevar a cabo los procedimientos legalmente establecidos para alcanzar el interés general.

Y es que, en relación con la tramitación de los procedimientos administrativos, el artículo 63 de la LPAC exige una separación entre las fases de instrucción y decisión, exigencia que, en el caso objeto de la *litis*, no tiene lugar.

Independientemente de que el Organismo de Cuenca tuviera reservada la decisión final respecto de la propuesta de resolución elaborada por TRAGSATEC, se

cialidades derivadas de su organización. 3. La creación de cualquier órgano administrativo exigirá, al menos, el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Determinación de su forma de integración en la Administración Pública de que se trate y su dependencia jerárquica. b) Delimitación de sus funciones y competencias. c) Dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento. 4. No podrán crearse nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de estos. A este objeto, la creación de un nuevo órgano solo tendrá lugar previa comprobación de que no existe otro en la misma Administración Pública que desarrolle igual función sobre el mismo territorio y población».

31. Uno de los casos en los que la ley permite la externalización del servicio público se encuentra en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en concreto en el artículo 85.2: «2. Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación: A) Gestión directa: a) Gestión por la propia Entidad Local. b) Organismo autónomo local. c) Entidad pública empresarial local. d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

realiza un auténtico procedimiento administrativo en la sombra. La imposición de sanciones administrativas reviste de una serie de garantías (culpabilidad, legalidad, tipicidad, proporcionalidad, *non bis in idem*, etc.) de las que carecen el resto de los procedimientos. Además, como ya hemos señalado, a diferencia de otros procedimientos administrativos, es aplicable el artículo 24.2 de la CE por lo que el procedimiento tiene un papel muy importante en la imposición de sanciones, lo que hace muy difícilmente justificable su externalización.

De hecho, podríamos decir que se trata de una actuación «ineficiente» o, incluso, contraria a la «buena administración» por parte del Organismo de Cuenca, porque, llegados a la propuesta de resolución, el personal funcionario de la Administración que deba tomar la decisión, o bien acepta la propuesta, o bien revisa de nuevo todo el expediente. Esto daría lugar, como determina el TS, a una duplicidad en la revisión de las actuaciones. No tiene sentido que el objetivo de encargar la tramitación de los procedimientos a la mercantil sea la falta de personal funcional en el Organismo y que luego sean estos los que deban revisar la idoneidad y legalidad de todas las actuaciones, porque la eficiencia del encargo no tendría lugar. Resulta, en todo caso, confuso.

En conclusión, la respuesta del TS a la cuestión que suscitaba interés casacional objetivo fue que, «como regla general, la tramitación de los procedimientos sancionadores incoados por las Administraciones Públicas ha de ser tramitada por el personal al servicio de tales administraciones». También determinó con contundencia la posibilidad de que, puntual y ocasionalmente, se pueda acudir a los medios propios para que presten auxilio o asistencia; luego, consideró inadmisibles un encargo continuado y permanente de dichas funciones.

A su vez, el TS hizo una llamada de atención al Organismo de Cuenca. Determinó que, si realmente en su ámbito territorial ya existía ese notable crecimiento de la actividad administrativa, estaba obligado a planificar los recursos humanos conforme a la situación que tuviera lugar. Una obligación que está contemplada en la normativa de función pública³².

32. TREBEP, artículo 69: «1. La planificación de los recursos humanos en las Administraciones Públicas tendrá como objetivo contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad. 2. Las Administraciones Públicas podrán aprobar Planes para la ordenación de sus recursos humanos, que incluyan, entre otras, algunas de las siguientes medidas: a) Análisis de las disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como del de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos. b) Previsiones sobre los sistemas de organización del trabajo y modificaciones de estructuras de puestos de trabajo. c) Medidas de movilidad, entre las cuales podrá figurar la suspensión de incorporaciones de personal externo a un determinado ámbito o la convocatoria de concursos de provisión de puestos limitados a personal de ámbitos que se determinen. d) Medidas de promoción interna y de formación del personal y de movilidad forzosa de conformidad con lo dispuesto en el capítulo III del presente título de este Estatuto. e) La previsión de la incorporación de recursos humanos a través de la Oferta de empleo público, de acuerdo con lo establecido en el artículo siguiente. 3. Cada Administración Pública planificará sus recursos humanos de acuerdo con los sistemas que establezcan las normas que les sean de aplicación».

Por todo lo anterior, concluye el TS que no ha de tener lugar el recurso de casación 5442/2019 que interpuso la Abogacía del Estado contra la Sentencia 77/2019, de 13 de marzo, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el procedimiento 137/2017, que confirma. El TSJ estimó el recurso contencioso-administrativo planteado, anulando la resolución de fecha 23 de junio de 2016, que impuso la sanción, así como la de 21 de junio de 2016, del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadiana, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la anterior.

La nulidad tiene su fundamento en la tramitación del procedimiento a través del cual se dictó la resolución recurrida, y es que ni tan siquiera puede hablarse de la existencia de indefensión porque no existe la posibilidad de comparar con otro procedimiento sancionador idéntico; directamente se siguió «otro procedimiento». La intervención del personal de TRAGSATEC en un procedimiento de naturaleza sancionadora condicionó la resolución dictada por los mismos. Por eso, devienen nulas todas las actuaciones del personal ajeno a la Administración y, consecuentemente, las resoluciones que dictaron.

PRENDES VALLE es clara en su criterio sobre esta sentencia, el cual comparto, cuando expone que lo que se trata de evitar es que el personal ajeno a la Administración intervenga regular y permanentemente en todo el procedimiento administrativo desde la formulación de la denuncia hasta la resolución³³. Es precisamente la naturaleza estatutaria del personal funcionarial la que implica una manifestación de objetividad, imparcialidad y sometimiento a Derecho. Es por ello por lo que una cosa es que la Administración externalice un servicio y otra, completamente distinta, es que externalice su propia esencia.

2. Sobre la responsabilidad patrimonial de la administración: la doctrina del caso INECO, Sentencia 469/2023, del Tribunal Supremo, de 12 de abril

La intervención de sujetos privados en el ejercicio de potestades públicas diferentes de la sancionadora es algo plenamente aceptado por nuestro ordenamiento jurídico siempre que la legislación lo permita y la obra de CANALS I AMETLLER lo pone de manifiesto³⁴.

La sentencia analizada anteriormente, sobre el «Asunto TRAGSA», había planteado dudas en la doctrina³⁵ sobre el alcance de su aplicación e incluso en la juris-

33. PRENDES VALLE, M., «La tramitación del expediente administrativo por personal no estatutario», *Revista de Actualidad Administrativa*, n.º 2, 2021, págs. 3-4 (consultado por última vez el 23/04/2025).

34. CANALS I AMETLLER, D., *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad*, Comares, Granada, 2003, pág. 196 y siguientes.

35. GAMERO CASADO, E., «Capítulo VII. El ejercicio de potestades administrativas en el empleo público» GAMERO CASADO, E. (Dir.), *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico*

prudencia menor se había empezado a aplicar a otros procedimientos distintos de naturaleza no sancionadora³⁶.

La sentencia 469/2023, de 12 de abril, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (rec. 8778/2021), tuvo por objeto determinar si la jurisprudencia sentada en la sentencia 1160/2020, de 14 de septiembre es aplicable a procedimientos administrativos que no tengan el carácter de sancionador en el que intervenga personal ajeno a la Administración. La cuestión que suscitó el interés casacional objetivo se centraba 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 caso objeto de la *litis* tiene como protagonista a la sociedad mercantil de carácter estatal «Ingeniería y Economía del Transporte Terrestre S. M. E., M. P., S. A.» (INECO) cuyo capital pertenece a las Entidades Públicas Empresariales ENAIRE y ADIF, adscrita al Ministerio de Fomento³⁷. Este Ministerio a través de la Dirección General de Transporte Terrestre encargó a INECO la asistencia técnica para la resolución de expedientes de indemnización complementaria por la nueva delimitación del ámbito territorial de las autorizaciones VTC consecuencia de la publicación del Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre. Como se puede apreciar, es un caso muy similar al de TRAGSATEC en el que una Administración Pública (en este caso la Administración General del Estado) encarga a un medio propio-sociedad estatal pública la tramitación de unos expedientes³⁸. Sin embargo, en este supuesto no estamos ante un procedimiento sancionador, sino ante la solicitud de una indemnización con base en el Real Decreto Ley 13/2018 que limitó el ámbito de actuación de los titulares de licencias de VTC. La indemniza-

de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 467-468.

36. Sentencia 590/2021, de 27 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (rec. 651/2019); Sentencia 796/2021, de 27 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (rec. 767/2019); Sentencia 1123/2021, de 27 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (rec. 982/2019); Sentencia 799/2021, de 27 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (rec. 803/2019); Sentencia 842/2021, de 27 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (rec. 1008/2019); Sentencia 1141/2021, de 27 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (rec. 1266/2019); Sentencia 1098/2021, de 27 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (rec. 1250/2019).

37. INECO tiene la condición de medio propio personificado de la Administración General del Estado, incluyendo los diversos Departamentos Ministeriales y órganos administrativos, así como de los poderes adjudicadores de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 32 de la LCSP y en la LRJSP.

38. La indemnización complementaria era susceptible de solicitarse si la reconocida legalmente no compensaba el valor de la autorización existente. Como hubo un cambio regulatorio, la resolución impugnada se dictó en un procedimiento de reclamación patrimonial para el reconocimiento de una indemnización complementaria derivada del cambio regulatorio.

ción se podía solicitar si la habilitación temporal concedida no les compensaba lo suficiente.

En un primer momento, el Tribunal que dictó la sentencia recurrida en casación consideró que las actividades que el personal de INECO había desarrollado tales como la descarga de solicitudes, digitalización de los expedientes, requerimientos y análisis de documentación, propuestas de desistimiento, preparación del texto de las resoluciones definitivas, etc. eran propias del ejercicio de potestades públicas que realizaba la Dirección General de Transportes Terrestres. Estas funciones sobrepasaban la asistencia o auxilio y daban lugar a una «desfuncionarización» del procedimiento administrativo.

El TS entiende que la colaboración que los medios propios pueden realizar se refiere a trabajos técnicos, auxilio en la gestión o tramitación de procedimientos encomendados, siempre y cuando el órgano administrativo que solicita el encargo se encuentre ante una situación extraordinaria y no cuente con sus propios medios para responder ante la misma. En pocos epígrafes aquí expuestos, se puede comprobar el cambio de paradigma en el parecer del TS, y consecuentemente, la existencia de numerosas contradicciones. En primer lugar, es importante aclarar que la empresa pública INECO (Ingeniería y Economía del Transporte S.M.E., M.P., S.A.) tiene por objeto la realización de labores innovadoras y tecnológicas para la consecución de modelos de movilidad más sostenibles y más seguros, así como el desarrollo y progreso del conjunto de la red de infraestructuras de transporte de España. Como puede apreciarse, actividades que distan mucho de la tramitación de solicitudes en el ámbito de un procedimiento de responsabilidad patrimonial.

La Publicación del Real Decreto-Ley se calificó como una situación extraordinaria, 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. Precisamente porque el presupuesto habilitante del mismo es la «extraordinaria y urgente necesidad», tal y como exige el artículo 86 de la CE. El TSJ de Madrid (en las resoluciones citadas en la nota al pie de página núm.60), determinó que esa situación extraordinaria era perfectamente previsible al existir un pleno conocimiento de la publicación del Real Decreto-Ley mencionado, y que, por tanto, pudo la Administración haber planificado sus medios personales para responder con eficacia ante la situación.

Argumenta el TS que la nulidad de este caso no puede fundarse en la no intervención del personal funcional sólo porque con base en el artículo 9.2 del TREBEP, ejerzan las funciones que impliquen el ejercicio de potestades públicas. Para más desconcierto, interpreta el precepto de manera que, si se mantiene la reserva a los funcionarios de carrera en la puesta en práctica de los procedimientos administrativos, ello dejaría carente de contenido las formas de gestión indirecta y colaboración con la Administración. Sin embargo, es el propio TS el que recuerda

de qué manera puede acudir al uso de los medios propios y servicios técnicos tal y como pudo apreciarse anteriormente.

El TS, en procedimientos diferentes al sancionador ha relajado los requisitos que hemos visto hasta ahora, especialmente en casos en los que se acredita una situación «excepcional». De todo ello puede extraerse que esta sentencia sienta un nuevo criterio al apartarse del de la sentencia de 14 de septiembre de 2020, pues legitima la externalización de procedimientos administrativos de la Administración hacia las entidades consideradas como medios propios. Ahora bien, todo ello es aplicable a procedimientos no sancionadores, pues la cuestión casacional era lo que planteaba. Llegados a este punto, el TS permite externalizar de manera regular y continuada la gestión y tramitación de procedimientos administrativos siempre y cuando el órgano que hace el encargo se reserve el control y la firma, excepto en los procedimientos sancionadores. Reitero en esta parte, que lo que en la actualidad es permitido por el TS, fue rotundamente negado en 2020 por todo lo ya expuesto. El TS lo justifica especialmente en la excepcionalidad del procedimiento. Es cierto que a veces se crean líneas de ayudas para situaciones muy coyunturales (por ejemplo, afectados por la DANA, volcán de la Palma, etc.), pero esa naturaleza extraordinaria debe interpretarse restrictivamente porque, de lo contrario, permitiría que cualquier «nuevo procedimiento» se convirtiese en algo excepcional.

No es posible acabar con el análisis de esta sentencia sin prestar atención al voto particular que formuló el Magistrado Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas por el que manifiesta su discrepancia con lo acordado en la sentencia. Expone que se ha restado importancia a la intervención que INECO ha tenido en la tramitación de los procedimientos administrativos porque ha formulado resoluciones con la única reserva de firma a la Administración. Además, determina que debe tenerse en cuenta la proyección que, las sentencias del TS como la del «Asunto TRAGSA» vista anteriormente, hace sobre la tramitación de procedimientos administrativos, y no solo de carácter sancionador. No es de menor importancia que estamos ante un procedimiento que conlleva el desembolso de fondos públicos por lo que no puede considerarse como un control efectivo tomar una muestra aleatoria de las resoluciones para determinar la idoneidad y legalidad de la totalidad. Proceder de esa manera, me permite dudar de la acreditación que la Administración haya podido realizar.

Es cierto que, como se vio en apartados anteriores, el ejercicio privado de potestades no sancionadoras es algo más aceptado en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de la imposición de sanciones. Esto podría haber llevado al TS a realizar una interpretación «tan generosa» del artículo 9.2 del TREBEP que está en franca contradicción con su jurisprudencia anterior.

IV. CONCLUSIONES

La figura del encargo a medios propios, prevista en nuestra legislación es problemática por varios motivos. En este trabajo nos hemos centrado en analizar uno de ellos, como es su creciente uso para realizar tareas que, en principio, deben

quedar reservadas a la Administración Pública por ser esta la titular de la potestad administrativa.

Un caso paradigmático y reciente fue el de los expedientes sancionadores de la Confederación Hidrográfica del Guadiana. La filial TRAGSATEC llevó a cabo la elaboración de expedientes sancionadores por encargo de la Confederación Hidrográfica del Guadiana. El Tribunal Supremo acabó por determinar la nulidad de las actuaciones a consecuencia del procedimiento utilizado y del personal que intervino en la elaboración de las resoluciones. Del estudio realizado a lo largo de este trabajo han podido extraerse las siguientes conclusiones:

1. En primer lugar, y como ha quedado reflejado, el principio de legalidad reconoce a la Administración el ejercicio de una potestad administrativa. Ese ejercicio puede ser delegado siempre que el ordenamiento jurídico lo permita, lo que supone una nueva remisión al principio de legalidad. Si el ordenamiento jurídico no permite esa delegación, la Administración no puede externalizarla a otro sujeto distinto. En el «Asunto TRAGSA» se entregó la potestad a TRAGSATEC sin que fuera el objetivo que pretendía el ordenamiento jurídico y, sobre todo, a través de un instrumento que no era la ley.
2. La LRJSP permite que, siempre y cuando así lo establezca una ley, las sociedades mercantiles públicas ejerzan potestades administrativas; sin embargo, excluye de entre esas potestades aquellas que supongan el ejercicio de autoridad.
3. Respecto al personal, ha de recordarse que otro de los puntos de la controversia era que el personal del Grupo TRAGSA era laboral, lo que supone que tienen vedado el ejercicio de potestades administrativas. Al respecto, el TREBEP consagró la dualidad de regímenes de los funcionarios y del personal laboral. Aunque no ha resuelto claramente el gran problema relativo a la delimitación de las funciones que corresponden a unos y a otros, ha incorporado una reserva legal del ejercicio de potestades públicas al personal funcional. Eso implica que, en principio, el personal laboral no puede ejercer dichas funciones.
4. La consecuencia de proceder a la realización de actuaciones que impliquen el ejercicio de potestades administrativas o el ejercicio de autoridad por parte del personal no autorizado para ello es la nulidad de los actos dictados, pues, aunque formalmente el acto lo dicte un órgano competente, en el fondo viene de otro al que el ordenamiento jurídico no le había otorgado esa competencia y por un procedimiento distinto al jurídicamente establecido. Así sucedió en el caso del Grupo TRAGSA.
5. Esta serie de condicionantes o requisitos para realizar un encargo a medios propios por parte de la Administración no son los únicos que han de tenerse en cuenta. El TS ha reiterado la necesidad de que la Administración acredite que existe una insuficiencia de medios directos con los que pueda atender

sus necesidades o una situación excepcional para la que no cuenta con los medios suficientes. También deberá justificar la idoneidad del encargo en detrimento de la licitación en el mercado, así como que se trata de actividades auxiliares y no de un ejercicio de potestades administrativas.

6. Las Administraciones Públicas están obligadas por la normativa a efectuar una planificación de los recursos humanos, lo que implica que no debe acudir-se a los encargos como un recurso ordinario. La jurisprudencia ha sido clara cuando exige la reserva del control procedimiento y la firma de la resolución a la Administración que realiza el encargo. Ello supone que, ante la multitud de resoluciones que pueda elaborar el personal laboral de un medio propio, por la falta de planificación de recursos por parte de la Administración, el personal funcionarial deba realizar una doble labor de revisión de los trabajos y firma de los mismos, lo que supone un incumplimiento del principio de eficiencia que se exige a las Administraciones Públicas.
7. Como ha quedado reflejado, el legislador no cuenta con limitaciones para atribuir o permitir a la Administración que delegue el ejercicio del *ius puniendi* a sujetos privados, pero, aun así, deberá atender a las garantías que rodean a esos sujetos para que el ejercicio de la potestad sea correcto.
8. El caso del Grupo TRAGSA ha supuesto un punto de inflexión en el ámbito de la figura del encargo a medios propios. Realmente la jurisprudencia sentada en la STS 1160/2020, de 14 de septiembre, es insuficiente ante una materia, que como ha quedado patente, no se caracteriza por una amplia y detallada regulación jurídica. Es por ello por lo que la falta de una clara delimitación entre lo técnico o auxiliar y el ejercicio de la potestad, así como entre las funciones que corresponden al personal funcionarial y al laboral, se está aprovechando para continuar con la externalización de procedimientos administrativos a los sujetos privados. En todo caso, la Administración debe respetar todos aquellos requisitos que sí se encuentran regulados tales como el principio de legalidad, el artículo 113 de la LRJSP, la reserva del artículo 9.2 del TREBEP y el principio de eficiencia en su funcionamiento, pues de esta manera se respetan los derechos e intereses de los ciudadanos que se pueden ver afectados por estas actuaciones.
9. La Sentencia 469/2023, de 12 de abril (caso INECO), marcó un punto de inflexión al establecer un régimen diferenciado según la naturaleza del procedimiento administrativo. Mientras que en el ámbito sancionador se mantiene la exigencia estricta de intervención conforme la doctrina sentada en el «Asunto TRAGSA», en los procedimientos no sancionadores el TS flexibilizó notablemente los requisitos, permitiendo la externalización hacia los medios propios siempre que el órgano administrativo se reserve el control y la firma de las resoluciones, mecanismo insuficiente para garantizar la legalidad del procedimiento. El criterio adoptado, aunque pragmático, introduce una dualidad de regímenes cuya coherencia dogmática resulta cuestionable y cuya aplicación futura puede generar considerable inseguridad jurídica.

El análisis del «Asunto TRAGSA» evidencia las deficiencias estructurales del régimen jurídico español en materia de encargos a medios propios. La externalización de potestades administrativas a entidades como TRAGSATEC vulnera los principios de legalidad, de reserva de funciones al personal funcional establecido en el TREBEP, y de eficiencia administrativa. Aunque la jurisprudencia del TS ha establecido límites —declarando la nulidad de actuaciones realizadas por personal no habilitado para ello—, la posterior flexibilización para procedimientos no sancionadores genera una dualidad de regímenes problemática. La falta de una delimitación normativa clara entre funciones técnicas y ejercicio de potestades administrativas continúa facilitando prácticas de externalización que comprometen las garantías de los ciudadanos. Resulta imprescindible una regulación más precisa que asegure que el ejercicio del poder público permanezca en manos de quien el ordenamiento jurídico ha investido para ello.

V. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN

- AGUADO CUDOLÀ, V., *La presunción de certeza en el Derecho Administrativo sancionador*, Civitas, Madrid, 1994.
- BERNING PRIETO, A. D., «Capítulo IV: Delimitación entre potestades administrativas y actividades técnicas o auxiliares», GAMERO CASADO, E. (Dir.), *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 277-317.
- CANALS I AMETLLER, D., *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad*, Comares, Granada, 2003.
- CANTERO MARTÍNEZ, J., «Funcionarios y laborales (a propósito del ejercicio de potestades públicas en la administración y de la reserva funcional)», Ponencia presentada en el VI Congreso Internacional sobre Gestión de Recursos Humanos en la Administración Pública celebrado en Vitoria los días 9, 10 y 11 de junio de 2010, págs. 11-17.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, J., «El Estatuto Básico del empleado público la regulación de las funciones reservadas al funcionario público», *Revista española de derecho administrativo*, n.º139, 2008, pág. 490.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., «Los encargos a medios propios: ¿recurso ordinario o excepcional?» *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º61, 2022, págs. 1-60.
- GARCÍA LUENGO, J., «Algunas especialidades de la nulidad de las sanciones», REBOLLO PUIG, M. (Dir.); HUERGO LORA, A. (Dir.); GUILLÉN CARAMÉS, J. (Dir.); CANO CAMPOS, T. (Dir.), *Anuario de Derecho administrativo sancionador*, Thomson Reuters-Civitas, 2021, págs. 203-225.
- FRANCO GARCÍA, M. A., «Propósitos y despropósitos sobre los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios instrumentales en la ley de contratos

- del sector público», *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, n.º154, 2018, págs. 1-20.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., «Los encargos a medios propios y a servicios técnicos en la jurisprudencia del TJUE», *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, n.º140, 2015, págs. 1-10.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., «Los encargos a medios propios y servicios técnicos en la LRJSP», *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, n.º147, 2017, págs. 1-11.
- GAMERO CASADO, E., «Capítulo I. Delimitación conceptual de la potestad administrativa» GAMERO CASADO, E. (Dir.), *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 49-151.
- GAMERO CASADO, E., «Capítulo VI. Ejercicio de potestades administrativas por entidades del sector público con personalidad de Derecho privado» GAMERO CASADO, E. (Dir.), *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 387-450.
- GAMERO CASADO, E., «Capítulo VII. El ejercicio de potestades administrativas en el empleo público» GAMERO CASADO, E. (Dir.), *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 451-489
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2017.
- JARAMILLO FERNÁNDEZ, M., «Comentario crítico al nuevo artículo 92.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local: Historia de un precepto superfluo», *Revista digital CEMCI*, n.º48, 2020, págs. 37-59.
- JORDANO FRAGA, J., «Grietas en los ejes del modelo constitucional: las funciones reservadas a los funcionarios», *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º174, 2015, págs. 133-168.
- LEÓN ACOSTA, M., «El ejercicio del *ius puniendi* por sujetos privados. A propósito del artículo 107.4 de la Ley 6/2011 de movilidad de la Comunidad Valenciana», *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º62, 2023, págs. 1-54.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I. «El Derecho administrativo y la actividad relacional de las entidades de derecho privado de la Administración», *Revista Nueva Época*, n.º 1, págs. 72-73.
- NAVARRO GONZÁLEZ, R., «Capítulo III. La atribución de las potestades administrativas» GAMERO CASADO, E. (Dir.), *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 231-276.
- PRENDES VALLE, M., «La tramitación del expediente administrativo por personal no estatutario», *Revista de Actualidad Administrativa*, n.º2, 2021, págs. 1-5.