



Roj: **STS 3161/2024 - ECLI:ES:TS:2024:3161**

Id Cendoj: **28079130032024100154**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **05/06/2024**

Nº de Recurso: **871/2022**

Nº de Resolución: **995/2024**

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

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 11547/2021,**
AATSJ M 34/2022,
ATS 5734/2022,
STS 3161/2024

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 995/2024

Fecha de sentencia: 05/06/2024

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 871/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/06/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

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

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

Transcrito por: PJM

Nota:

R. CASACION núm.: 871/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 995/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente



D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D.^a María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 5 de junio de 2024.

Esta Sala ha visto, constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 871/2022, interpuesto por Servicios VTC Vector, S.L.U., representada por la procuradora D.^a María del Carmen Ortiz Cornago y bajo la dirección letrada de D. Jorge Álvarez González, contra la sentencia dictada por la Sección de apoyo a la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 30 septiembre de 2021 en el recurso contencioso-administrativo número 564/2019. Son partes recurridas la Administración General del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, y la Federación Profesional del Taxi de Madrid, representada por el procurador D. Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal y bajo la dirección letrada de D. José María Baño Fos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección de apoyo a la Sección Sexta) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia de fecha 30 de septiembre de 2021, por la que se estimaba parcialmente el recurso promovido por Servicios VTC Tibus, S.L. -que con posterioridad cambió su denominación social por la de Servicios VTC Vector, S.L.U.- contra las respectivas resoluciones de la Dirección General de Transportes Terrestres del Ministerio de Fomento de fechas 5 ó 6 de noviembre en relación con las solicitudes de indemnización complementaria contempladas en la Disposición transitoria única del Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre, respecto de las siguientes autorizaciones VTC: 12279532, 12279541, 12279551, 12279552, 12279553, 12279559, 12279560, 12279562, 12279563, 12279566, 12279571, 12279572, 12279575, 12279576, 12279577, 12279578, 12279579, 12279580, 12279581, 12279582, 12279584, 12279585, 12279587, 12279590, 12279688, 12279697, 12279710, 12279711, 12279712, 12279716, 12279720, 12279723, 12279735, 12279738, 12279760, 12279765, 12279768, 12279769, 12279770, 12279772, 12279777, 12279778, 12279779, 12279781, 12279782, 12279783, 12279784, 12279785, 12279787, 12279788, 12279790, 12279791, 12279794, 12279795, 12279796, 12279828, 12279829, 12279831, 12279832, 12279833, 12279839, 12279840, 12279843, 12279846, 12279849, 12279862, 12279867, 12279869, 12279871, 12279872, 12279873, 12279874, 12279875, 12279876, 12279880, 12279881, 12279882, 12279887, 12279888, 12279889, 12279890, 12279891, 12279892, 12279893, 12279894, 12279917, 12279924, 12279925, 12279926, 12279929, 12279930, 12279931, 12279932, 12279933, 12279934, 12279935, 12279936, 12279937, 12279938, 12279942, 12279943, 12279947, 12279948, 12279951, 12279952, 12279955, 12279956, 12279957, 12279961, 12279962, 12279974, 12279976, 12279977, 12279978, 12279980, 12279982, 12279985, 12279986, 12279987, 12279988, 12279990, 12279991, 12279992, 12279993 y 12279995.

La sentencia, aclarada mediante el posterior auto de 3 de diciembre de 2021, dispone la anulación de las resoluciones impugnadas por no ser conformes a derecho y ordena la retroacción de los procedimientos administrativos hasta el momento de la presentación de las solicitudes.

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación contra la misma, teniéndose por preparado dicho recurso por auto de la Sala de instancia de 2 de febrero de 2022, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Tras recibirse las actuaciones se ha dictado auto de 6 de abril de 2022 por el que se admite el recurso de casación, declarando que la cuestión planteada que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en aclarar si la jurisprudencia sentada en las SSTS n.º 1160/2020, de 14 de septiembre (RCA 5442/2019) y n.º 1265/2020, de 7 de octubre (RCA 5429/2019) resulta de aplicación en el ámbito de procedimientos administrativos no sancionadores en cuya tramitación intervienen personas o entidades externas a la Administración, en particular y en este caso una sociedad mercantil (INECO).

CUARTO.- A continuación se ha concedido plazo a la parte recurrente para interponer el recurso de casación. Alega en su escrito que la sentencia recurrida infringe el artículo 103.1 de la Constitución, el artículo 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del estatuto básico del empleado público y el artículo 47 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo



Común de las Administraciones Públicas al sostener la nulidad radical de las resoluciones recurridas como consecuencia de la intervención del INECO en la tramitación de los expedientes administrativos; que también infringe la jurisprudencia del Tribunal Supremo que determina que los procedimientos administrativos sancionadores incoados por las Administraciones Públicas han de ser tramitados por personal al servicio de tales administraciones sin perjuicio de poder recurrir ocasionalmente y cuando la Administración careciera de medios para ello al auxilio y asistencia de entidades públicas empresariales como medios propios de la Administración; y por último infringe además el artículo 24.1 de la Constitución, en concordancia con los artículos 33.1 y 56.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional al vulnerar el derecho a obtener una resolución sobre el fondo de las cuestiones planteadas.

Finaliza el mismo con el suplico de que, con estimación del recurso de casación, se anule la sentencia *a quo* impugnada con imposición de las costas a la parte recurrida, y, como consecuencia de dicha estimación, que se acuerde y ordene la retroacción de las actuaciones procesales de instancia al momento de acordar, con carácter previo a resolver sobre el fondo de las cuestiones planteadas, la decisión correspondiente sobre el planteamiento previo de cuestiones prejudiciales de interpretación del Derecho Europeo y en su caso la cuestión previa de inconstitucionalidad en relación con el Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre.

QUINTO.- Seguidamente se ha dado traslado del escrito de interposición del recurso de casación a las partes recurridas.

El Abogado del Estado ha presentado un escrito en el que expresa que no se opone a los dos primeros motivos formulados por la parte recurrente y suplica que se dicte sentencia en la que se desestime el recurso en el sentido de que no procede la retroacción de actuaciones para que se plantee cuestión de inconstitucionalidad o de prejudicialidad alguna por parte del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, puesto que no es la vía casacional apta para ordenar a los Tribunales inferiores el planteamiento de tales cuestiones.

La representación procesal de la Federación Profesional del Taxi de Madrid también ha presentado escrito de oposición por el que solicita que tras los trámites de ley oportunos se dicte sentencia desestimando íntegramente el recurso de casación, con condena en costas a la parte recurrente.

SEXTO.- No considerándose necesaria la celebración de vista pública dada la índole del asunto, por providencia de 16 de abril de 2024 se ha señalado para la votación y fallo del recurso el día 4 de junio del mismo año, en que han tenido lugar dichos actos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso de casación.

Servicios VTC Vector, S.L.U. impugna mediante el presente recurso de casación la sentencia de 30 de septiembre de 2021 dictada por la Sección de Apoyo a la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por la que se estimó parcialmente el recurso contra varias resoluciones de la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento. Dichas resoluciones habían estimado parcialmente sus solicitudes de indemnización al considerar que la intervención de INECO en la tramitación de los procedimientos administrativos determinaba la nulidad de las resoluciones administrativas, ordenando la retroacción de los procedimientos hasta el momento de presentación de las solicitudes.

Sostiene dicha parte lo siguiente en su escrito de interposición del recurso de casación:

1º La sentencia infringe el artículo 103.1 de la Constitución Española, el artículo 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, TRLEBEP), y el artículo 47 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), al sostener la sentencia recurrida en casación la nulidad radical de las resoluciones recurridas como consecuencia de la intervención de INECO en la tramitación de los expedientes administrativos. Y ello por cuanto la sentencia objeto del presente recurso de casación acuerda erróneamente declarar la nulidad de todas las resoluciones impugnadas, con retroacción de los procedimientos administrativos hasta el momento de presentación de las solicitudes como consecuencia de la intervención de INECO en la tramitación de dichos procedimientos. INECO se limitó a llevar a cabo labores de asistencia técnica en la tramitación de expedientes, estando supervisada por personal de la propia Administración. Es decir, INECO, en la tramitación de los expedientes llevó a cabo labores de auxilio, pero no realizó las funciones propias de autoridad a las que se refiere el artículo 9.2 del TRLEBEP.



Asimismo, considera que la Sentencia recurrida en casación infringe el artículo 47 de la LPACAP por cuanto no concurre en este procedimiento causa de nulidad de las resoluciones administrativas impugnadas como consecuencia de la intervención de INECO en la tramitación de los procedimientos, ya que, su intervención, como se ha indicado y se acredita ante el Tribunal de Instancia, se ha limitado a trabajos de ayuda y asistencia técnica a la labor realizada por los funcionarios de la Dirección General de Transporte Terrestre, de acuerdo con sus instrucciones, sin ejercer funciones propias de autoridad pública, y se produjo de forma puntual y motivada por el extraordinario número de solicitudes que debían ser resueltas en un breve periodo de tiempo, sin que la dirección de los procedimientos administrativos correspondiese a INECO sino a la propia Administración.

2º La sentencia de instancia infringe la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Excm. Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo 1160/2020, de 14 de septiembre de 2020.- RJ 2020/3224 y 1265/2020, de 7 de octubre.- RJ 2020/4084), que determina que los procedimientos administrativos sancionadores incoados por las Administraciones Públicas han de ser tramitados por personal al servicio de tales administraciones sin perjuicio de poder recurrir ocasionalmente y cuando la Administración careciera de medios para ello, al auxilio y asistencia de Entidades Públicas Empresariales, como medios propios de la Administración.

A diferencia del supuesto de hecho al que se refieren ambas Sentencias, en el caso que nos ocupa: a) no estamos ante un procedimiento administrativo sancionador en el que se ejercite el *ius puniendi* del Estado, sino que estamos ante un procedimiento administrativo no sancionador; b) No se ha encomendado a INECO la dirección de los procedimientos administrativos sino únicamente labores de apoyo técnico (que no es ni permanente ni general) supervisado, en todo momento, por personal de la Administración.

La tramitación de más de 12.000 solicitudes con un plazo de resolución de seis meses es un supuesto repentino y anómalo que permite justificar la intervención de INECO, tal y como reconoce, incluso para procedimientos administrativos sancionadores, el fundamento jurídico cuarto de la sentencia 1160/2020 de la Excm. Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2020 (RJ 2020/3224).

3º La sentencia infringe, asimismo, el artículo 24.1 de la Constitución Española (CE), en concordancia con los artículos 33.1 y 56.1 de la LJCA, así como de la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, al vulnerar la Sentencia recurrida el derecho a obtener una resolución sobre el fondo de las cuestiones planteadas.

Por todo ello, solicita que se estime el presente recurso de casación y se anule la Sentencia impugnada, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrida. Y que, en consecuencia, se acuerde y ordene la retroacción de las actuaciones procesales de instancia al momento de acordar, con carácter previo a resolver sobre el fondo de las cuestiones planteadas, la decisión correspondiente sobre el planteamiento previo de cuestiones prejudiciales de interpretación del Derecho Europeo, y en su caso, la cuestión previa de inconstitucionalidad, en relación con el Real Decreto-Ley 13/2018, de 28 de septiembre.

Como se ha indicado en los antecedentes, el Abogado del Estado entiende, como lo hace la parte recurrente, que la sentencia de instancia interpreta erróneamente el alcance del auxilio técnico que pueden realizar los medios propios de la Administración en la tramitación de procedimientos administrativos; y esta parte considera, también de forma coincidente con lo manifestado por la parte recurrente en casación, que la sentencia de instancia interpreta y aplica de forma errónea la jurisprudencia del Tribunal Supremo sentada en sus sentencias de la Excm. Sala de lo Contencioso-administrativo 1160/2020, de 14 de septiembre de 2020 y 1265/2020, de 7 de octubre, al realizar una aplicación de la doctrina jurisprudencial en ellas contenidas a supuestos de procedimientos de naturaleza no sancionadora y en los que concurren circunstancias extrañas a las que se dan en el presente caso.

La sentencia incurre en la confusión entre las funciones materiales de tramitación de los procedimientos a través de los cuales se instrumenta el ejercicio de la potestad administrativa, y el ejercicio de la potestad administrativa propiamente dicha, esto es, de la facultad de decidir cómo ejercer ese poder público y afectar la esfera jurídica de los ciudadanos. La función material de elaboración de los documentos necesarios para la tramitación del procedimiento no es, en sí misma, una potestad administrativa ni desde luego comporta el ejercicio de ninguna autoridad pública. Es una actividad material y técnica que la Administración puede realizar auxiliándose de medios propios (a través de un encargo), a través de empresas privadas (mediante un contrato de servicios ex artículo 17 de la Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de Contratos del Sector Público que únicamente prohíbe que sean objeto de este contrato los servicios que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos), o mediante una encomienda de gestión (si se apoya en otras entidades de Derecho Público, artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).



No se trata de una cuestión cuantitativa (el número de tareas que delegan) sino de una cuestión cualitativa (donde reside la capacidad de decisión). Se trata de un volumen extraordinario de solicitudes y para una actividad ocasional sin tener carácter general ni de permanencia.

No existe política de empleo público que pudiera soportar, ni organizativa ni presupuestariamente, que se incorporaran nuevos funcionarios públicos a la Administración cada vez que surgieran procedimientos extraordinarios como el que es objeto del presente procedimiento.

Por el contrario, se opone a la invocada infracción del derecho a obtener una tutela judicial efectiva. Es lógico y necesario que, si la sentencia considera que el acto es nulo de pleno derecho porque se ha prescindido totalmente del procedimiento administrativo -algo con lo que ya hemos manifestado nuestro absoluto desacuerdo, ordene la retroacción de las actuaciones. Otra cosa sería suplantar a la Administración en la tramitación de un procedimiento, o tomar decisiones sobre el fondo en base a actuaciones desarrolladas por INECO que ha considerado nulas de pleno derecho, esto es, un total contrasentido.

Procede, a su juicio, anular la sentencia impugnada y retrotraer actuaciones para que se dicte sentencia de fondo.

El representante legal de la Federación Profesional del Taxi de Madrid se opone al recurso. La cuestión de interés casacional que se plantea en este caso es estrictamente teórica y se centra en si la participación de funcionarios públicos en expedientes administrativos debe exigirse únicamente en el ámbito sancionador o, por el contrario, siempre que se ejerzan potestades públicas. La respuesta es, en su opinión, clara: el artículo 9.2 del EBEP se refiere expresamente a las potestades públicas y no, exclusivamente al derecho sancionador; por tanto, siempre y cuando se estén ejercitando potestades públicas resulta de aplicación la jurisprudencia establecida en las sentencias SSTS nº 1160/2020, de 14 de septiembre (RCA 5442/2019) y nº 1265/2020, de 7 de octubre (RCA 5429/2019). Lo que aquí se dirime, expone, no es si las labores de INECO fueron de auxilio o de verdadera tramitación, pues esa cuestión, puramente de apreciación de la prueba, ya sido enjuiciada por la Sala de instancia en la sentencia impugnada. Es indudable que, en todos estos casos, la determinación de la indemnización correspondiente conlleva el ejercicio de potestades públicas y que estas sólo pueden ser desarrolladas por funcionarios públicos.

El acto administrativo que resuelve una solicitud de indemnización constituye el ejercicio de potestades públicas y, como tal, debe ser tramitado por funcionarios públicos.

SEGUNDO.- Sobre la aplicación de la jurisprudencia de esta Sala (SSTS n.º 1160/2020, de 14 de septiembre -RCA 5442/2019- y n.º 1265/2020, de 7 de octubre -RCA 5429/2019-) en el ámbito de procedimientos administrativos no sancionadores en cuya tramitación intervienen personas o entidades externas a la Administración.

En el auto de 6 de abril de 2022 se declara que la cuestión planteada en este recurso que presenta interés casacional para la formación de la jurisprudencia es aclarar si la jurisprudencia sentada en las SSTS n.º 1160/2020, de 14 de septiembre (RCA 5442/2019) y n.º 1265/2020, de 7 de octubre (RCA 5429/2019) resulta de aplicación en el ámbito de procedimientos administrativos no sancionadores en cuya tramitación intervienen personas o entidades externas a la Administración, en particular y en este caso una sociedad mercantil (INECO).

Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en la STS nº 469/2023, de 12 de abril de 2023 (rec. 8778/2021) y posteriormente en la nº 236/2024, de 12 de febrero de 2024 (rec. 48/2022), cuyas consideraciones ahora reiteramos.

En dichas sentencias sostuvimos que en las sentencias invocadas en el auto de admisión se trataba de dar respuesta a la cuestión de si los procedimientos sancionadores pueden ser tramitados con la intervención, en mayor o menor medida, pero con un carácter de generalidad y permanencia para toda la actividad administrativa procedimental, por personal ajeno al personal estatutario de un determinado órgano de una Administración Pública.

La jurisprudencia que se establecía en respuesta a dicha cuestión fue la siguiente: "como regla general, la tramitación de los procedimientos sancionadores incoados por las Administraciones Públicas han de ser tramitados por el personal al servicio de tales administraciones sin que sea admisible que, con carácter general, de permanencia y de manera continua, pueda encomendarse funciones de auxilio material o de asistencia técnica a Entidades Públicas Empresariales, sin perjuicio de poder recurrir ocasionalmente y cuando la Administración careciera de los medios para ello, al auxilio de Entidades Públicas Empresariales, como medios propios de la Administración, a prestar dicho auxilio o asistencia".



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

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

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

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

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

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

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

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

Es cierto que la atribución legal de competencias a un órgano administrativo supone que su titularidad y por tanto su ejercicio corresponde, en principio, al órgano que la tiene encomendada. Las potestades públicas confiadas a un órgano administrativo son irrenunciables, así lo dispone el artículo 8 de la LPAC de la Ley 40/2015. Y el ejercicio de dichas potestades exige tramitar los procedimientos administrativos que le permitirán adoptar la resolución administrativa correspondiente. Pero ello no implica que el ejercicio de las competencias y la tramitación de los procedimientos administrativos correspondientes tan solo pueda llevarse a cabo por los medios propios del órgano administrativo y más concretamente con la preceptiva intervención de los funcionarios públicos de carrera integrados en sus unidades administrativas.

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

Es más, la propia ley de procedimiento administrativo prevé también otros mecanismos de traslación que solo incluyen funciones materiales de ejecución o gestión, mantenido el órgano encomendante la facultad de dictar las resoluciones o acuerdos correspondientes, este es el caso de las encomiendas de gestión contempladas



en el artículo 11 de la Ley 40/2015 previstas para "la realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos" que podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño, encomienda que no supone cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio "siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda".

Finalmente, el artículo 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, permite también que los poderes adjudicadores (entre los que se encuentran las Administraciones públicas) ejecuten de manera directa prestaciones propias valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de "medio propio" personificado de conformidad con lo dispuesto en dicho precepto y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Figura que, implica la gestión de los asuntos que le competen a una Administración pública utilizando los medios técnicos y materiales de otro ente sobre el que ejercen un control análogo al ejercido sobre los servicios propios.

En definitiva, no cabe excluir la posibilidad de que, en determinadas circunstancias extraordinarias, una Administración que no posea los medios materiales o técnicos idóneos para el desempeño de las competencias que le han sido encomendadas pueda acudir por razones de eficacia a la colaboración con otras entidades, bien utilizando la figura de la encomienda de gestión o bien valiéndose de los servicios de una persona jurídica distinta que tenga la consideración de "medio propio de la administración". Es más, el encargo para reforzar con su personal y medios técnicos las carencias puntuales que pueda tener una Administración pública constituye la razón de ser de un "medio propio" en cuanto dispone de una infraestructura suficiente e idónea para realizar prestaciones en sector de actividad de que se trate en su objeto social por tratarse de una opción más eficiente que la contratación pública o por concurrir razones de urgencia que exijan la necesidad de disponer de los servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico (art. 86.2 de la Ley 40/2015).

De hecho, la STS nº 1160/2020, de 14 de septiembre (rec. 5442/2019), invocada por la sentencia impugnada, admite expresamente esta posibilidad al afirmar que "como regla general, la tramitación de los procedimientos sancionadores incoados por las administraciones Públicas han de ser tramitados por el personal al servicio de tales administraciones sin que sea admisible que, con carácter general, de permanencia y manera continua, pueda encomendarse funciones de auxilio material o de asistencia técnica a entidades públicas empresariales" y añade "sin perjuicio de poder recurrir ocasionalmente y cuando la Administración careciera de medios para ello, al auxilio de entidades públicas empresariales, como medios propios de la Administración, a prestar dicha auxilio o asistencia".

Y esta colaboración, debe añadirse, no solo puede estar referida a trabajos técnicos o materiales específicos sino también al auxilio en la gestión y en la tramitación de procedimientos que tiene encomendados, cuando el órgano administrativo se encuentra ante una situación extraordinaria y coyuntural a la que no puede dar respuesta por sus propios medios.

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

Por otra parte, tal y como se recoge en la sentencia de instancia, INECO es una sociedad mercantil de carácter estatal, cuyo capital pertenece íntegramente a las Entidades Públicas empresariales ENAIRE, ADIF y que está adscrita funcionalmente al Ministerio de Fomento, ostentando la condición de medio propio personificado y servicio técnico de la Administración General del Estado, condición que aparece publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público (art. 32.6 apartado a) de la LCSP). Y en su condición de sociedad mercantil estatal integra el denominado "sector público institucional" (art. 84.1.c de la Ley 40/2015) al que le resulta de aplicación la ley de procedimiento administrativo (art. 2 y 113 de la ley 40/2015). De modo que la actuación de estas sociedades mercantiles estatales colaborando con una Administración pública en el ejercicio de las funciones que le han sido encomendadas no puede considerarse ajena a los principios y reglas de la ley de procedimiento administrativo a las que están sometidas, ni su actividad al tiempo de tramitar los expedientes que le han sido encomendados puede descartarse como un verdadero procedimiento administrativo.

La nulidad de lo actuado tampoco puede fundarse en la no intervención de funcionarios públicos de carrera, aduciendo que solo a estos les corresponde el ejercicio de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas (art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público). Esta



previsión no puede llevarnos a la conclusión de que toda intervención en un procedimiento administrativo, incluso ejerciendo tareas colaboración con una Administración pública, está reservada exclusivamente a los funcionarios de carrera, impidiendo la participación de otro personal, incluidos el personal laboral o los funcionarios interinos, pues ello desborda al sentido y alcance de esta previsión y dejaría vacante de contenido las formas de gestión indirecta y de colaboración con las Administraciones públicas antes descritas, que necesariamente conllevan la intervención de personal no funcional en la tramitación de los expedientes de los que conocen.

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

La sentencia impugnada afirma que "resulta sumamente significativo que el único control previsto sobre las resoluciones definitivas laboradas por INECO para ratificar su idoneidad, consistiera en un simple muestreo de un número aleatorio de resoluciones, cuya cuantía se desconoce por completo, sobre cada una de las remesas de 500 resoluciones que remitía la sociedad mercantil estatal a los funcionarios de la Dirección general de Transporte". Lo cierto es que, en contra de lo afirmado por dicha sentencia, no puede entenderse que la Dirección General no se reservó un control efectivo sobre las decisiones administrativas que se adoptaban, pues lo remitido por la sociedad estatal eran meras propuestas de resolución correspondiendo la decisión final y su firma a los funcionarios y autoridades responsables de dicha Dirección General. El ejercicio de un control efectivo antes de proceder a la firma o la intensidad del muestreo realizado no ha resultado acreditado y, según afirma la sentencia de instancia "se desconoce", pero no cabe duda de que la Dirección General mediante la firma asumía el control último de estas decisiones y estaba en condiciones de ejercerlo de forma efectiva, haciéndose responsable del contenido de la decisión adoptada.

TERCERO.- Sobre la cuestión de interés casacional.

En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada procede señalar que, en determinadas circunstancias extraordinarias y cuando una Administración que no posea los medios materiales o técnicos idóneos para el desempeño de las competencias que le han sido encomendadas, puede acudir por razones de eficacia a la colaboración con otras entidades, en concreto a una sociedad mercantil estatal que tiene la consideración de medio propio de la Administración.

Esta colaboración puede estar referida no solo a trabajos técnicos o materiales concretos y específicos sino también puede solicitar su auxilio en la gestión y en la tramitación de procedimientos que tiene encomendados reservándose el órgano administrativo el control y la decisión que ponga fin procedimiento.

CUARTO.- Conclusión y costas.

Por lo anteriormente expuesto, ha lugar al recurso de casación y procede casar la sentencia de instancia al no apreciarse un motivo de nulidad de pleno derecho en el procedimiento administrativo tramitado, debiendo acordarse la retroacción de actuaciones al momento anterior a dictarse sentencia para que el Tribunal Superior de Justicia dicte una nueva en la que, sin apreciar la nulidad del procedimiento administrativo, se pronuncie sobre las restantes cuestiones planteadas en la instancia.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción, no procede hacer especial pronunciamiento de costas, corriendo cada parte con las causadas a su instancia.

FALLO

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

1. Declarar que ha lugar y, por lo tanto, estimar el recurso de casación interpuesto por Servicios VTC Vector, S.L.U. contra la sentencia de 30 septiembre de 2021 dictada por la Sección de apoyo a la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso contencioso-administrativo número 564/2019.
2. Anular la sentencia objeto de recurso.



3. Retrotraer las actuaciones del mencionado recurso contencioso-administrativo al momento anterior a dictarse sentencia para que por la Sala de instancia se dicte una nueva teniendo en cuenta lo establecido en el fundamento de derecho cuarto.

4. No imponer las costas de la casación.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ